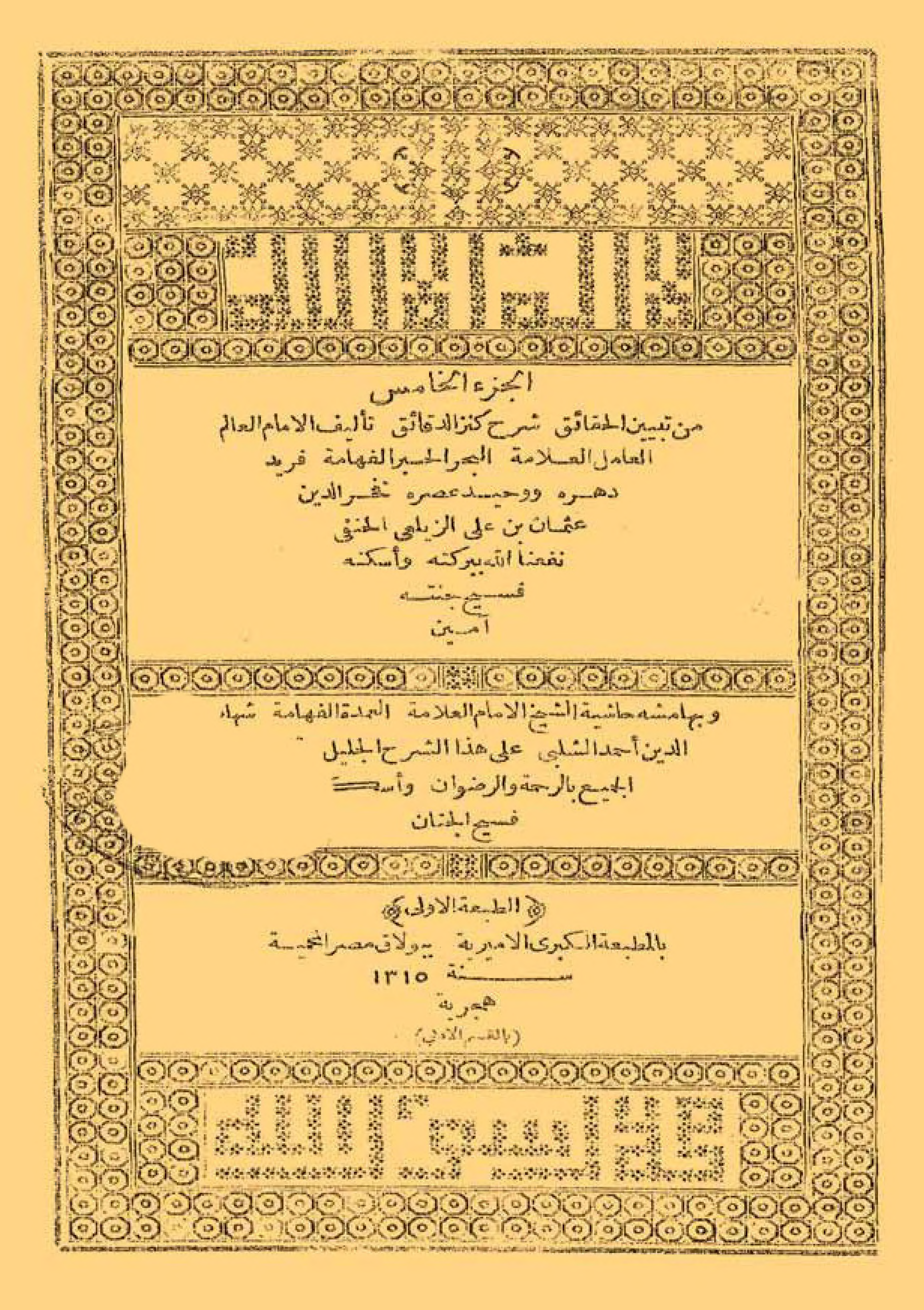


الجزء الخامس

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن على الزيلعى الحنفى
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبى على هذا الشرح الجليل
الجميع بالرحمة والرضوان وأسـ
فسيح الجنان

(الطبعة الاولى)

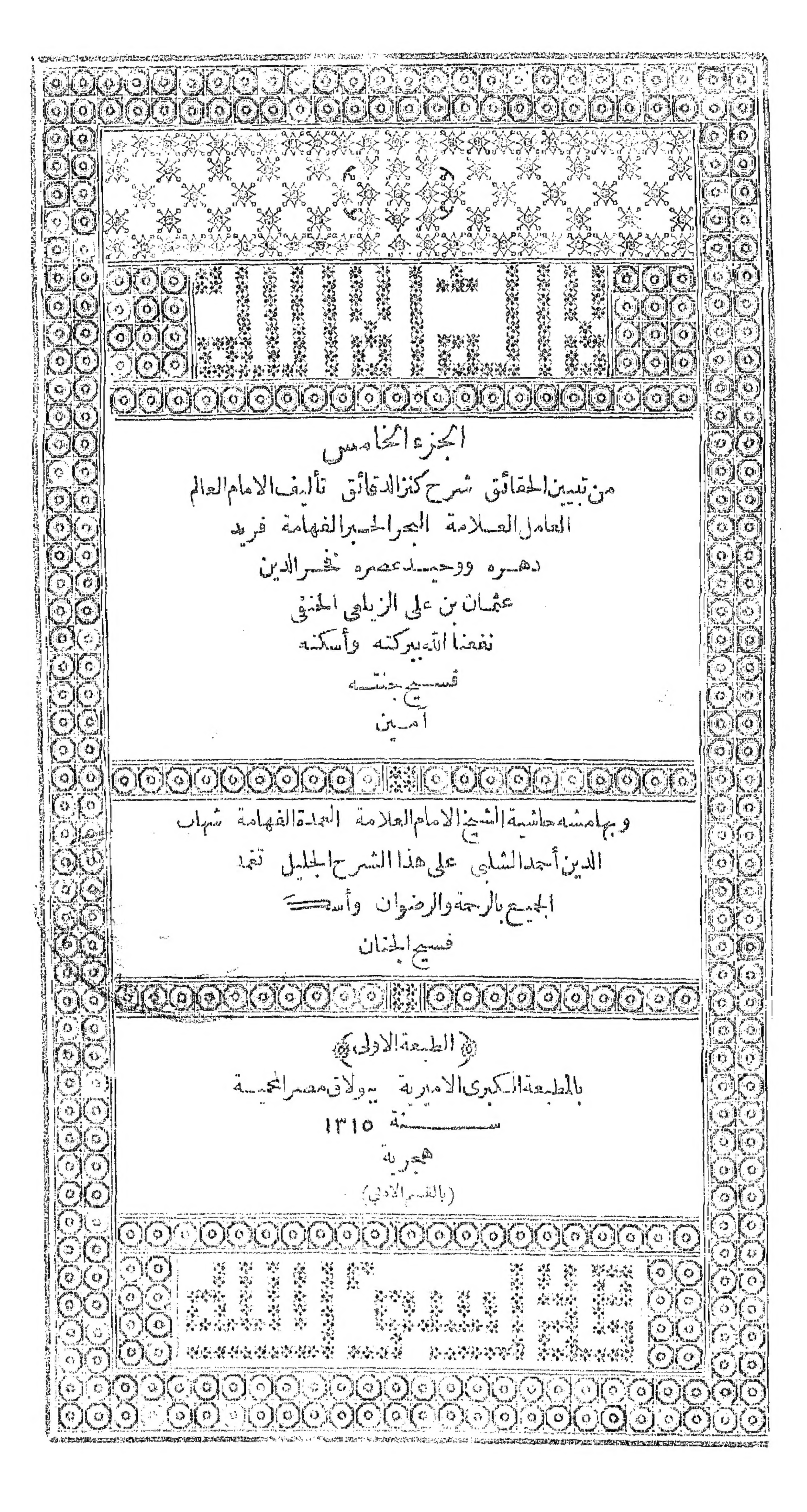
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٥
هجرية
(بالقسم الادبي)

فهرسة الجزء الخامس من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

صحيفه

صحيفه

(تمت)



الجزء الخامس

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن على الزيلعى الحنفى
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جناته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبى على هذا الشرح الجليل تغمد
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

(الطبعة الاولى)
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٥
هجرية
(بالقسم الادبي)

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتاب الاقرار﴾

وهو فى اللغة الاثبات يقال قر الشئ اذا ثبت وأقره غيره اذا أثبته وفى الشرع عبارة عن الاخبار بما عليه من الحقوق وهو ضد الجحود وشرط صحته أن يكون المقر بالغا عاقلا طائعا وكونه حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به فى الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع وهذا لان الاقرار اخبار وليس بانشاء والاخبار فى ملك الغير صحيح فينفذ فى حق نفسه بخلاف الانشاء ولهذا لو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو كان انشاء لصح قال رحمه الله (هو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه) هذا فى الشريعة وقد بيناه وقيده بأن يكون على نفسه لانه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة

قال الاتقانى رحمه الله اعلم أن ذكر هذه الكتب أعنى كتاب الاقرار وكتاب الصلح وكتاب المضاربة وكتاب الوديعة عقيب كتاب الدعوى للمناسبة لان المدعى عليه إما أن يقر أو ينكر فان أقر فبابه الاقرار وان أنكر فالانكار منازعة وخصومة والخصومة تستدعى الصلح فبعد ما ثبت له المال إما بالاقرار أو بالصلح لا يخلو إما أن يسترب (٣) بنفسه أو بغيره والاسترباح بنفسه بالبيع وقد تقدم بابه والاسترباح بغيره هو المضاربة فان لم يرد الاسترباح فلا يخلو إما أن يحفظ المال بنفسه أو بغيره وحفظه بنفسه لا يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة اه (قوله لانه اقرار على الغير) قال الولوالجى رحمه الله فى كتاب الاقرار عبد فى يدى رجل أقر رجل آخر أنه لفلان ثم قال هو حر ثم اشتراه فهو للمقر له لانه أقر بحرية عبد الغير ولو بدأ وقال هو حر ثم قال هو لفلان ثم اشتراه فهو حر لانه أقر بأنه حر لغيره فلا يصح اقراره اه قال الامام نجم الدين الزاهدى رحمه الله فى القنية فى كتاب أدب القاضى فى باب من يشترط حضرته لسماع البينة ما نصه وقد يكون خصما فى اليمين ولا يكون خصما فى البينة كمن اشترى عبدا وقبضه ثم أقر به لغير البائع فلان ودفعه الى المقر له ثم أقام بينة أنه كان للمقر له ليرجع بالثمن على البائع لم تقبل بينته ولكن له أن يحلف البائع بالله ما كان للمقر له فان نكل رد الثمن اه (قوله وهو نظير ما اذا أقر الحر لانسان الخ) هذا الفرع ذكره الشارح فى باب الوصية بثلث المال اه وقد تقدم قبل فى الشارح بورقة أنه لو أقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى ثم ملكه المقر به عتق عليه فراجعه اه (قوله يؤمر بتسليمها الى المقر له) ولو أقر بهذه الدار التى فى يد فلان وقف على مسجد كذا ثم ملكها المقر فانه يؤمر بتسليمها الى المتولى هكذا أفتيت فى سؤال رفع الى والله الموفق اه ﴿فرع﴾ ذكره العمادى رحمه الله فى الفصل الثالث والعشرين معزيا الى أول اقرار فتاوى صاحب المحيط رحمه الله ان من أقر لانسان بشئ ثم صدقه المقر له

والمفسه

ولنفسه يكون دعوى قال رحمه الله (اذا أقر حر مكلف بحق صح ولو مجهولا كشئ وحق) لان الاقرار حجة شرعية ثبتت حجيته بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذى عليه الحق أمره بالاملال فلو لم يقبل اقراره لما كان لاملاله معنى وقد نهاه الله تعالى أيضا عن كتمان الحق بقوله تعالى وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيأ فصار نظير أمره بأداء الشهادة ونهيه عن كتمانها وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة أى شاهد قاله ابن عباس رضى الله عنهما وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والمراد به الاقرار وأما السنة فما روى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا والغامدية باقرارهما فاذا وجب الحد باقراره على نفسه فالمال أولى أن يجب وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على أن الاقرار حجة فى حق نفسه حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن حجة فى حق غيره لعدم ولايته عليه فالمال أولى وأما المعقول فلان العاقل لا يقر على نفسه كاذبا عما فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق فى حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره فى حق غيره حتى لو أقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا ثبت ذلك بالبينة لان البينة انما تصير حجة بالقضاء والقاضى ولايته عامة فينفذ فى حق الكل أما الاقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء فينفذ عليه وحده لما ذكرنا الا اذا رده المقر له فيرتد برده ولو صدقه ثم رده لا يصح رده ولكن اذا كان يعلم انه كاذب فى اقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا سلمه له بطيب من نفسه حل فيكون هبة مبتدأة منه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون له يتأخر اقراره بما ليس من باب التجارة كاقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا أقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا أقر بالحدود والقصاص لان العبد مبقى على أصل الحرية فى حقهما ألا ترى أن اقرار المولى لا يصح عليه فيه وشرط التكليف لان اقرار الصبى والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبى أو المعتوه مأذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا يعامله أحد فلا يجد بدا منه فدخل فى الاذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودائع والعوارى والمضاربات والغصوب فيصح اقراره فيها لالتحاقه فى حقها بالبالغ العاقل لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الاذن والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور لانه لا ينافى الخطاب الا اذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى لان السكران لا يكاد يثبت على شئ فأقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شئ وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شئ وكذا

ثم رد اقراره لا يصح الرد اه وسيأتى هذا الفرع فى كلام الشارح فى الصفحة الآتية زيادة فائدة والله الموفق اه (قوله فى المتن اذا أقر حر مكلف بحق) لم يرد أنه أقر بلفظ الحق بل بدينار أو درهم غير أنه عبر عنه بلفظ الحق كقول الرجل جاءنى فلان فان هذا غير منكر فى حق القائل فعبر عن المعرف الذى عنده بالمنكر اه مستصفى (قوله ولا يصدق على أولاده الخ) قال فى الخلاصة فى آخر الفصل الثانى من الاقرار رجل وامرأة مجهولان لهما ابن صغير لا يتكلم أقرا بالرق على أنفسهما وعلى ابنهما جاز فان كان الابن يتكلم فقال أنا حر فالقول قوله ولو كان له أمهات الاولاد والمدبرون فاقراره بالرق لا يعمل فى حقهم (٣) اه (قوله فيرتد برده) رجل قال لآخر أنا عبدك فقال الآخر لا ثم قال بلى أنت عبدى فانه عبده ولا يكون نفيه شيأ بخلاف مسئلة الجامع الصغير لان الرق لا يبطل بجحود المولى أما الاقرار بالدين والعين يبطل بالتكذيب اه خلاصة فى آخر الفصل الثانى من الاقرار (قوله لان العبد مبقى على أصل الحرية) أى فيما هو من خواص الآدمية وذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية اه اتقانى ﴿فرع﴾ ذكر فى الجامع رجل قال ما فى يدى من قليل أو كثير أو عبد أو متاع لفلان صح اقراره لانه عام وليس بمجهول فان جاء المقر له ليأخذ عبدا من يد المقر واختلفا فقال المقر له كان فى يدك وقت الاقرار فهو لى وقال المقر لا بل ملكت هذا بعد الاقرار القول قول المقر الا أن يقيم المقر له بينة أنه كان فى يد المقر وقت الاقرار لان المنكر ينكر دخول هذا العبد فى الاقرار والقول قوله وذكر فى الاقرار ما يوافق رواية الجامع رجل قال ما فى حانوتى لفلان ثم بعد أيام ادعى شيأ مما فى الحانوت له ووضعه فى الحانوت بعد الاقرار صدق وذكر فى بعض روايات الاقرار أنه لا يصدق قال رحمه الله وهذه الرواية تخالف رواية الجامع قالوا تأويل الرواية الثانية اذا ادعى بعد الاقرار فى مدة لا يمكنه ادخاله فى الحانوت فى تلك المدة بيقين وفى مسئلة الجامع اذا ادعى المقر حدوث الملك فى زمان لا يتصور حدوثه فيه لا يقبل قوله انى ملكته بعد الاقرار اه قاضيخان فى كتاب الدعوى فى باب ما يبطل دعوى المدعى ﴿فرع آخر﴾ قال قاضيخان فى كتاب الاقرار رجل قال جميع ما فى يدى لفلان قال شمس الائمة السرخسى يرجع فى البيان اليه ولا يعلم قبل البيان اه

(قوله ولو مجهولا الخ) قال فى الينابيع قوله بحق يريد به أن يقول لفلان على حق فاذا قال ذلك لزمه أن يبين ماله قيمة وان قال عنيت به حق الاسلام لم يصدق وعلى هذا اذا قال لفلان على شئ فانه يجبر على بيان ماله قيمة سواء كان قليلا مثل الجوزة والحنطة من الحنطة والشعير وغيرهما (١) كالدراهم والدنانير والابزار وغيرها اه (قوله بأن قال على ألف درهم لواحد الخ) قال الاتقانى بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار نحو أن يقول لزيد على ألف درهم فلا يصح الاقرار لان زيدا فى الدنيا كثير الا اذا عين كذا فى شرح الطحاوى هذا اذا كانت الجهالة متفاحشة فان لم تتفاحش فلا (٤) تمنع صحة الاقرار ولهذا قال فى باب الاقرار بعلامة الواو من الواقعات الحسامية جارية فى يدى رجل فقال ان هذه لاحد هذين الرجلين جاز ويحلف لكل واحد منهما اذا ادعياها ولو قال هذا العبد لواحد من الناس لا يجوز لان هذا اقرار للمجهول جهالة متفاحشة اه (قوله فلا يفيد فائدته) أى لان فائدته الجبر على البيان ولا يجبر عليه هنا اه (قوله وان لم تتفاحش جاز) أى نحو أن يقول هذا العبد لاحد هذين الرجلين فانهما اذا اتفقا على أخذه كان لهما حق الاخذ كذا فى مبسوط أبى اليسر اه مستصفى وكتب على قوله وان لم تتفاحش ما نصه والاصح أنه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول باب لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ قاله الكاكى رحمه الله تعالى اه (قوله وهو الاصح) هذا التصحيح موافق لما نقلته عن الكاكى اه (قوله فى المتن ويبين ماله قيمة) أى قل أو كثر نحو حبة أو فلس أو جوزة أو ما أشبه ذلك ولا يعلم فيه خلاف قاله الكاكى وقال الاتقانى عند قوله ويقال له بين المجهول يعنى اذا لزمه ما أقر به مجهولا يقال له بين المجهول وذلك لان الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن يبين شيأ يثبت فى الذمة قل أو كثر نحو أن يبين له حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك أما اذا بين شيأ لا يثبت فى الذمة لا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الاسلام أو كفا من تراب أو نحوه كذا فى شرح الطحاوى اه (قوله فلا يقبل) قال الكاكى ويقبل تفسيره بالكلب وبه قال الشافعى فى وجه وأحمد فى رواية ومالك اه (قوله لا يصح) يعنى لو بين فى الغصب بأن المغصوب زوجته أو ولده قيل يصح لان لفظ الغصب يطلق على الزوجة وعلى الولد والاكثر أنه لا يقبل تفسيره اه كفاية

شرب المتخذ من الحبوب أو العسل عندهما خلافا لمحمد رحمهم الله وقوله ولو مجهولا كشئ وحق أى ولو كان المقر به مجهولا بأن قال على شئ أو حق يلزمه لان الحق قد يلزمه مجهولا بأن يتلف مالا أو يجرح جراحة أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا ارشها ولا قدرها وهو محتاج اليه لابراء ذمته بالايفاء أو التراضى فلا يمنع صحة الاقرار بخلاف الشهادة لانها لا تجوز الا بالعلم قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الشهادة لا توجب الا بقضاء القاضى ولا يمكنه القضاء بالمجهول فيبطل اذ لا حاجة للشهود بدون العلم لانها غير واجبة عليهم وبخلاف الجهالة فى المقر له سواء تفاحشت الجهالة بأن قال على ألف درهم لواحد من الناس أو لم تتفاحش بأن قال على ألف لاحد هذين لان المجهول لا يصلح مستحقا اذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعى فلا يفيد فائدته هكذا ذكر شمس الائمة وذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه والناطفى فى واقعاته أنها اذا تفاحشت لا يجوز وان لم تتفاحش جاز لان صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفى مثله يؤمر بالتذكر لان المقر قد ينسى صاحب الحق ولا يجبر على البيان لانه قد يؤدى الى ابطال الحق عن المستحق والقاضى نصب لايصال الحق الى مستحقه لا لابطاله فصار نظير ما اذا أعتق أحد عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لان الاجبار على البيان لا يؤدى الى ابطال حقه وبخلاف اعتاق أحد العبدين لان العتق لم ينزل فى المحل فلا يؤدى الاجبار الى ابطال حقه ولان المقر لهما اذا اتفقا على الاخذ من المقر واصطلحا بينهما أمكن دعواهما فيصح اقراره وقال فى الكافى وهو الاصح ولو كان المقر عليه مجهولا بأن قال لك على أحدنا ألف درهم لا يصح لان المقضى عليه مجهول ليذكره فى النهاية قال رحمه الله (ويجبر على بيانه) لانه لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار وهذا لان كثيرا من الاسباب يتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحرّ فى قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه ما لم يفسر السبب فيصح حتى لو فسره بالبيع أو الاجارة لا يصح اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان والاصل فيه أنه متى أقر بمجهول وأطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على أنه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك وان كان سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر ألا ترى أن القاضى لو رأى انسانا يبيع شيأ غيره عين أو يشترى بشئ من غير تقدير ثمن لا يجبره على الاداء فكذا اذا أقر به ولو عاينه يغصب شيأ لا يعرف قدره أو يودعه يأمره بالتسليم الى صاحبه فكذا اذا أقر به قال رحمه الله (ويبين ماله قيمة) لانه أخبر عن الواجب فى ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بينه فيه يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة حنطة أو قطرة ماء أو ما أشبه ذلك لان مثله لا يجب فى الذمة عادة ولا يجرى فيه التمانع ولو بين فى الصبى الحر أو الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول أصح وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا لو أقر بغصب شئ لا يسمع منه الا اذا بين ماله قيمة لان لفظ الغصب يدل على أنه يجرى فيه

التمانع

(١) قوله كالدراهم هكذا فى الاصل ولعله سقط قبله أو كثير المقابل قوله قليلا وليحرر اه مصحح

(قوله ولو قال في قوله على "حق الخ) وذكر في المحيط والمستزاد أنه ان قال ذلك موصولا صدق وان قال مفصولا لا يصدق لانه بيان تغير باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام اه كفاية (قوله لانه لا يراد به ذلك عرفا) أي انما يراد به حقوق مالية اه (قوله في المتن ومال عظيم نصاب) قال في الشامل في قسم المبسوط في كتاب الاقرار لو قال درهم عظيم يلزمه درهم واحد لانه معلوم القدر فيكون العظم صفة لعرضه وذكر في شرح الاقطع ناقلا عن المنتقى في المال القليل انه درهم ونقل في الاجناس عن نوادر هشام عن محمد أنه لو قال لفلان على "مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتا درهم لانه لما قال لا قليل لزمه الكثير والمال الكثير في الشرع مائتا درهم وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن أبي يوسف قال لفلان على "دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة قال له على "دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف (٥) جمع الضعف فتضاعف ثلاثة ثلاث مرات فكان تسعة وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيكون ثمانية عشر قال وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر قال على "عشرة وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان أضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضمت الى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فتكون ثمانين الى هنا لفظ الكفاية وقال في شرح الاقطع وهذا كله اذا قال مال عظيم من الدراهم فان لم يقل من الدراهم صدق في أي جنس ذكر فان كان مما تجب فيه الزكاة لم يصدق في أقل من نصاب منه وان كان مما لا نصاب له صدق (١) يبلغ قيمة النصاب وقال في الفتاوى الصغرى لو قال مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل

التمانع وهو المتقوم ولو قال في قوله على "حق أردت به حق الاسلام لا يصدق لانه لا يراد به ذلك عرفا وعليه التعويل قال رحمه الله (والقول للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له أكثر منه) لانه المنكر قال رحمه الله (وفي مال لم يصدق في أقل من درهم) يعني اذا قال لفلان على "مال لم يصدق في أقل من درهم لان ما دونه من المكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر قال رحمه الله (ومال عظيم نصاب) لانه أقر بمال موصوف بالعظم فيعتبر هذا الوصف والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا وأوجب عليه مواساة الفقراء وكذا عرفا حتى يعد من الاغنياء عادة وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم لانه نصاب السرقة والمهر وهو عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه مثل جواب الكتاب وهو قولهما ثم يعتبر أن يبلغ نصابا يؤخذ من جنسه الزكاة من المال الذي بينه فيه حتى اذا بينه في الابل لا يصدق في أقل من خمس وعشرين لان ما دون ذلك قليل حيث لا تجب فيه الزكاة من جنسه والاصح أنه على قوله يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض فان المائتين في الزكاة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزيا الى المبسوط قال رحمه الله (وأموال عظام ثلاثة نصب) يعني من أي مال فسره به لان أقل الجمع ثلاثة فلا يصدق في أقل منه للتيقن به وان بينه بغير مال الزكاة يعتبر أن تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب ويعتبر الادنى في ذلك للتيقن به وينبغي على قياس ما روي عن أبي حنيفة أن يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا قال رحمه الله (ودراهم كثيرة عشرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق في أقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر ولهذا وجب عليه مواساة غيره وله أن العشرة أقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وعلى هذا اذا قال على "ثياب كثيرة أو وصائف كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة أو بقرا كثيرة أو غنما كثيرة أو حنطة كثيرة ينصرف الى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلاثون من البقر والاربعون من الغنم وخمسة أوسق من الحنطة وعنده يرجع الى بيان المقر ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطقي لم أجده منصوصا عليه وكان الجرجاني رحمه الله يقول يلزمه مائتان

قال الناطقي لم أجده منصوصا وكان الجرجاني يقول مائتان اه اتقاني سيأتي هذا الفرع والذي قبله في كلام الشارح (قوله والاصح أنه على قوله يبنى الخ) قال في التحفة وقيل يعتبر على قول أبي حنيفة حال المقر ان كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء وان كان فقيرا يقع على النصاب اه غاية (قوله وقالا لا يصدق في أقل من مائتين) وقال الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك اه اتقاني (قوله فيصرف اليه) قال الشيخ أبو نصر البغدادي والفرق لابي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن الدراهم تفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد وقوله عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فتجب الزكاة بنفسه فاعتبر ذلك اه غاية (قوله أو وصائف) الوصيف الغلام دون المراهق والوصيفة الجارية كذلك والجمع وصفاء ووصائف مثل كريم وكرماء وكريمة وكرائم اه مصباح

(١) قول المحشي صدق يبلغ هكذا في الاصل وبين الكلمتين شيء ساقط نعوذ بالله من سقم النسخ فحرر اه مصححه

(قوله في المتن كذا درهما درهم) قال في الهداية ولو قال كذا درهما فهو درهم قال الاتقاني ذكره تفريعا على مسئلة القدوري ولم يذكره في الاصل وقال الامام شرف الدين أبو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي البخاري في كتاب المنهاج وان قال له علي كذا درهما لزمه ما بينه أقول كان ينبغي أن يلزمه في هذا أحد عشر لانه أول العدد الذي يقع مميزه منصوبا هكذا نقل عن أهل اللغة واذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في بيانه بدرهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الاسرار اذا قال له علي كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن اهـ (قوله وذكر في التتمة) محالا الى الجامع الصغير اهـ قارئ الهداية (قوله قيل يلزمه عشرون) وبه قال ابن عبد الحكم المالكي اهـ (قوله روى عن محمد أنه يلزمه مائة) أي وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لان ثلاثا عدد ومائة عدد ليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما اهـ اتقاني (قوله والمعتبر هو الوزن الخ) قال صاحب الهداية وينصرف (٦) الى الوزن المعتاد أي بين الناس وذلك لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف وهو غالب نقد البلد ولا يصدق في أقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال في تحفة الفقهاء لو قال علي ألف درهم فهو على ما تعارفه أهل البلد من الاوزان أو العدد وان لم يكن شيأ متعارفا فيحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر في الشرع وكذلك في الدينار يعتبر وزن المثاقيل الا في موضع متعارف فيه بخلافه ولو قال لفلان علي دريهم أو دنينير فعليه الاتمام لان التصغير قد يذكر لصغر الحجم وقد يكون لاستحقار الدرهم وقد يكون لخفة الوزن فلا ينقص الوزن بالشك الى هنا لفظ التحفة وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا قال الرجل لفلان علي مائة درهم عددا ثم قال بعد ذلك هي وزن خمسة أو وزن ستة وكان بالسوية الاقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة ولا يصدق على النقصان اذا لم يبين وزنها موصولا بكلامه وكذلك الدنانير وان كانوا في بلاد يتبايعون على دراهم معدودة والوزن بينهم ينقص عن سبعة صدق اذا ادعى أن الذي أقر به هو على وزنهم ولا يصدق ان ادعى وزنا دون ذلك وان كان نقد البلد مختلفا فهو على الاقل من ذلك الى هنا لفظ الكافي اهـ اتقاني (قوله في المتن كذا كذا أحد عشر) والزيادة تقف على بيانه اهـ اتقاني (قوله في المتن كذا وكذا أحد وعشرون) والزيادة موقوفة على بيانه اهـ اتقاني (قوله من غير حرف عطف بينهما أحد عشر) أي وأكثره تسعة عشر فانه يقال أحد عشر درهما الى تسعة عشر الا أن الاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه اهـ اتقاني (قوله وبحرف عطف بينهما أحد وعشرون) قال الاتقاني وان قال كذا وكذا فقد ذكر عددين مبهمين معطوفا أحدهما على الآخر بواو العطف وذكر عقيبهما درهما بالنصب فيجعل عبارة عن عددين مصرحين بينهما واو العطف يستقيم ذكر الدرهم عقيبهما بالنصب وأقل ذلك أحد وعشرون وأكثره تسعة وتسعون الا أن الاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه ولا يجوز أن يجعل كذا عبارة عن الدرهم الواحد لان الدرهم عقيب الواحد لا يذكر بالنصب وانما يذكر بالرفع فيقال واحد درهم أو درهم واحد اهـ

قال رحمه الله (ودراهم ثلاثة) يعني اذا قال علي دراهم يلزمه ثلاثة دراهم لانه أقل الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزائد على ذلك مشكوك فيه وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قال له علي دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم لان أدنى الجمع ثلاثة وضعفها ستة ولو قال دراهم أضعافا مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهما لان اضعافا لفظ جمع وأقله ثلاثة فتصير تسعة ثم بالمضاعفة تصير ثمانية عشر وكذا اذا عكس بأن قال علي دراهم مضاعفة أضعافا لانها بالمضاعفة تصير الثلاثة ستة ثم بالاضعاف وهو جمع تصير ثمانية عشر قال رحمه الله (ولو قال كذا درهما درهم) لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمة والذخيرة وغيرهما يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان اذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وفي شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روى عن محمد أنه يلزمه مائة لانها أقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض ولو قال علي درهم عظيم يلزمه درهم واحد لان الدرهم معلوم القدر في نفسه فلا يزداد قدره بقوله عظيم لانه وصف له ولو قال علي دريهم فعليه درهم تام لان التصغير قد يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان وكذا في الدنانير لان التعامل يجري على المعتاد عادة فلا يعرض عنه الا بحجة قال رحمه الله (كذا كذا أحد عشر كذا وكذا أحد وعشرون ولو ثلث بالواو يزاد مائة ولو ربع زيد ألف) لان هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها على نظيرها من المفسر فأقل عددين يذكران من غير حرف عطف بينهما أحد عشر وبحرف عطف بينهما أحد وعشرون وثلاثة أعداد بحرف العطف مائة وأحد وعشرون وأربعة أعداد بثلاثة حروف ألف ومائة وأحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب أحد عشر لانه لا نظير له فلا يزاد على الاول ولو خمس بالواو ينبغي أن يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة ألف ولو سبع يزاد ألف ألف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى ولو قال كذا كذا درهما ودينارا فعليه أحد عشر منهما

بالسوية لانه ذكر عددا مبهما واشرك فيه جنسين فيلزمه النصف من كل واحد منهما بخلاف ما اذا قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا حيث يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر لانه أضاف كل واحد من العددين الى كل واحد من المالين وعلى هذا في المفسر فانه اذا قال على أحد عشر درهما ودينار الزمه من كل واحد منهما النصف ولو قال على أحد عشر درهما واحد عشر دينارا يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر والاصل فيه انه متى ذكر مقدارا وأضافه الى صنفين من المال يجب نصف كل واحد منهما كما اذا أقر لرجلين ينقسم عليهما نصفين مثاله اذا قال على مائة مثقال ذهب وفضة أو كرّ حنطة وشعير يجب عليه نصف كل واحد منهما ولو قال لفلان على عشرة دراهم ونيف فالبيان في النيف اليه فان فسره بأقل من درهم جاز لان النيف عبارة عن الزيادة يقال جبل منيف اذا كان زائدا على الجبال ولو قال على بضعة وعشرون درهما لزمه ثلاثة وعشرون لان البضعة أوتار العشرة ثلاثة وخمسة وسبعة وتسعة فيلزمه الاقل للتيقن به قال رحمه الله (على وقبلي اقرار بالدين) لان كلمة على للوجوب واشتقاقها من العلو وانما يعلوه اذا كان دينا في ذمته بحيث لا يجد بدا من قضائه ليخرج عنه وكلمة قبل تنبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان أي ضمن وسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن وسمى الصك الذي هو حجة الدين قبالة لانه يحفظه كالضامن ولو قال المقر فيهما أردت به وديعة ووصل صدق لانهما ينبئان عن الوجوب والحفظ واجب على المودع والمال محله فيكون ذكر المحل وارادة الحال مجازا ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا ولا يجوز منفصلا لانه تقرر حكمه بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط وفي بعض نسخ مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ يتناولهما يقال ليس لي قبل فلان دين وليس لي قبل فلان وديعة وكذا اذا قال ليس لي قبل فلان حق يكون ابراء عن الدين والامانة جميعا وهذا لان حقيقتها عبارة عن الجهة فيتناولهما والامانة أدناهما فيحمل عليه والاول هو المذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون أغلب قال رحمه الله (عندي معي في بيتي في صندوقي في كيسي أمانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والامانة أدناهما فيحمل عليها للتيقن به وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما للمكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن فاذا كانت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف قال رحمه الله (لو قال لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني بها وقضيتكه أو أحلتك به فهو اقرار

(قوله فيلزمه النصف من كل واحد منهما) قال الاتقاني ولو قال على كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه أحد عشر منهما جميعا لانه أقر بعددين من جنسين فوجبا منهما جميعا وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا أنا نقول لو فعلنا ذلك أدى الى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا كذا ذكر علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اه وهو يخالف لقول الشارح فعليه أحد عشر منهما بالسوية والله الموفق اه وفي فتاوى قاضيخان ولو قال كذا كذا دينارا ودرهما لزمه من كل واحد نصف أحد عشر اه (قوله في المتن على وقبلي اقرار الخ) قال الاتقاني أما قوله على فانما كان اقرارا بالدين بسبيل الاقتضاء وان لم يذكر الدين صريحا لان كلمة على تستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين مقتضى قوله على والثابت اقتضاء كالثابت نصا ولو نص فقال لفلان على ألف درهم دين كان مقرا بالدين لا بالعين فكذلك هذا اه (قوله قبالة) قال في المصباح وتقبلت العمل من صاحبه اذا التزمته بعقد والقبالة بالفتح اسم المكتوب من ذلك لما يلتزمه الانسان من عمل ودين وغير ذلك قال الزمخشري كل من تقبل بشئ مقاطعة وكتب عليه بذلك كتابا فالكتاب الذي يكتب هو القبالة بالفتح والعمل قبالة بالكسر لانه صناعة اه (قوله وارادة الحال) الى هنا آخر الخرم الذي في نسخة الشارح التي تقدم ذكرها في باب دعوى النسب عند قول الشارح بخلاف ما اذا كان الولد الخ وقد نبهنا عليه في هذا المحرر في محله (قوله لان استعماله في الديون أغلب) قال الاتقاني ولان قوله قبلي وان كان يستعمل في الايجابات والامانات ولهذا يقال لفلان قبلي وديعة وقبلي أمانة غلب استعماله في الايجابات والمطلق من الكلام ينصرف الى ما هو الغالب في الاستعمال كالدراهم المطلقة تنصرف الى نقد البلد اه ﴿فرع﴾ قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الاقرار بألفاظ مختلفة وان قال له في مالي مائة درهم أو قال في دراهمي هذه مائة درهم فهذا اقرار بالشركة لانه اذا اختلط ماله بماله كان شريكا له فيه (قوله في المتن اتزنه أو انتقده) وقال الشافعي وأحمد في قوله اتزن وانتقد لا يكون اقرارا بالهاء وغيرها وبه قال بعض أصحاب مالك لانه لم يوجد منه حقيقة التزام وقد يوجد مثل ذلك من يستهزئ ويبالغ في الجحود فلا يكون اقرارا بالشك وعن بعض أصحاب الشافعي اذا كان بحرف الكناية يكون اقرارا كقولنا وقال سحنون المالكي يكون اقرارا في الوجهين الا اذا قال اتزن أو اتزنها أما بعد لنمن ذلك اه كاكي

وبلا كناية لا) لان الهاء كناية عن المذكور فى الدعوى فى جميع ذلك فصار كأنه أعاد المدعى فيكون اقرارا به بخلاف ما اذا لم يكن فيه ضمير الالف لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شئ وهو المراد بقوله وبلا كناية لا والاصل فيه أن الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما فانه يجعل ابتداء لوقوع الشك فى كونه جوابا لئلا يلزمه المال بالشك فان ذكر هاء الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء لا يصلح جوابا أو يصلح ابتداء وجوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا وان كان غير مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد أخرجه جوابا وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه ولو ادعى أنه أبرأه منها أو تصدق عليه بها أو وهبه اياها كان اقرارا لان هذه الاشياء تتلو الوجوب فيكون اقرارا بها وكذا دعوى الاحالة بها يكون اقرارا وكذا لو قال والله لا أقضيكها أولا أزنها لك اليوم لانه نفى القضاء والوزن فى وقت معين وذلك لا يكون الا بعد وجوب أصل المال عليه وأما اذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا ولو قال رجل لآخر أعطنى ثوب عبدى هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له وكذا لو قال افتح باب دارى هذه أو جصص دارى هذه أو أسرج دابتى هذه أو أعطنى سرجها أو لجامها فقال نعم كان ذلك كله اقرارا منه لما بينا ان كلمة نعم لا تستقل فلا بد من حمله على الجواب كيلا يصير لغوا ولو قيل له هل لفلان عليك كذا فأومأ برأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام النطق لا من غيره ذكره فى الكافى قال رحمه الله (وان أقر بدين مؤجل وادعى المقر له أنه حال لزمه حالا) لانه أقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له فاقراره حجة فى حقه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما اذا أقر بعبد فى يده لرجل وأنه استأجره منه فانه يقبل اقراره به له ولا تسمع دعواه الا بحجة بخلاف ما اذا أقر بالدراهم السود فصدقه المقر له فى الاصل وكذبه فى الصفة حيث يلزمه السود ولا يقبل قول المقر له فيه لان السود نوع من الدراهم فالقول قول المقر فى النوع والاجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط فالقول قول المنكر فى العوارض وبخلاف اقرار الكفيل بالدين المؤجل حيث يكون القول قوله فى الاجل دون المقر له لان الاجل فى الكفالة نوع حيث يثبت فيها من غير شرط بأن كفل دينا مؤجلا وقد ذكرنا المسئلة فى الكفالة وخلاف أبى يوسف والشافعى فيها قال رحمه الله (وحلف المقر له على الاجل) لانه المنكر للاجل قال رحمه الله (على مائة ودرهم فهى دراهم ومائة وثوب يفسر المائة) يعنى يرجع اليه فى تفسير المائة (وكذا مائة وثوبان بخلاف مائة وثلاثة أثواب) حيث تكون الاثواب تفسير المائة أيضا والقياس أن يرجع فى تفسير المائة اليه فى قوله مائة ودرهم كما فى قوله مائة وثوب أو مائة وثوبان وهو قول الشافعى رحمه الله لانه عطف مفسرا على مبهم فى الفصلين والمعطوف غير المعطوف عليه ولم يوضع للبيان فبقيت المائة على ابهامها كما فى عطف الثوب عليها وجه الاستحسان أن عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم يكون بيانا للمبهم عادة لان الناس استثقلوا تكرار التفسير عند كثرة الاستعمال وذلك فيما يجرى فيه التعامل وهو ما يثبت فى الذمة وهو المكيل والموزون واكتفوا بذكره مرة لكثرة أسبابه ودورانه فى الكلام بخلاف الثياب وغيره مما ليس من المقدرات لانه لا يكثر التعامل به لعدم ثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات فلم يستثقلوا ذكرها لقلة دورانها فى الكلام والاكتفاء بالثانى للكثرة ولم توجد فبقى على القياس بخلاف قوله مائة وثلاثة أثواب حيث تكون الاثواب تفسير المائة أيضا ويستوى فيه المقدرات وغيرها لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا فينصرف اليهما فيكون بيانا لهما وهذا بالاجماع لان عادتهم جرت بذلك ألا ترى أنهم

يقولون

(قوله أو أعطنى سرجها الخ) ولو قال لا فى جميع ذلك يكون اقرارا أيضا وفى بعض نسخ كتاب الاقرار لا يكون اقرارا بذكر لا أما لو قال لا أعطيك اليوم أو أبدا فهو اقرار لانه ذكره بالكناية فكأنه قال لا أعطيك سرج بغلك اليوم أو أبدا ولو صرح بهذا كان اقرارا فكذا فى الكناية اه من خط قارئ الهداية (قوله لزمه حالا) أما لو صدقه المقر له فى التأجيل أيضا لكنه ادعى مضى الاجل وأنكره المقر كان القول للمقر لانه منكر حلول الدين واستحقاقه عليه اه شرح تكملة فى البيوع (قوله حيث تكون الاثواب تفسيرا الخ) اعلم انه اذا قال مائة ودينار أو قال مائة ودرهم أو مائة وقفيز حنطة أو مائة وفلس أو مائة ومن زعفران فالقياس أن يلزمه المعطوف ويرجع فى بيان المعطوف عليه الى المقر وبالقياس أخذ الشافعى ولكن استحسن علماؤنا فى المكيل والموزون والعددى المتقارب وجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه وصاحب الاسرار وان قال له على مائة وثوب أو مائة وشاة أو مائة وعبد يلزمه المعطوف والمرجع فى بيان المعطوف عليه اليه بالاتفاق ولو قال مائة وثلاثة دراهم أو قال وثلاث شياه أو وثلاثة أثواب يكون البيان فى المعطوف بيانا فى المعطوف عليه بالاتفاق والحكم فى قوله مائة وثوبان مثله فى قوله مائة وثوب وان قال ثوبان لا رواية فيه كذا فى مختصر الاسرار اه اتقانى رحمه الله (قوله لعدم ثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات) أى فانها لا تثبت فى الذمة الا فى السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقى على الحقيقة اه

يقولون أحد وعشرون ثوبا وثلاثة وخمسون درهما فينصرف التفسير اليهما لاستوائهما في الحاجة اليه وفي النهاية روى ابن سماعة عن أبي يوسف في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذا في قوله مائة وشاة ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانهم لا يقسمون قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة تتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم وهذا ليس بظاهر فان عندهما تقسم العبيد كالغنم ولا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه الله ولو قال لفلان على نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل واحد منها وكذا لو قال نصف هذا العبد ونصف هذه الجارية لان الكلام كله وقع على شيء بغير عينه أو بعينه فينصرف النصف الى الكل كأنه قال على نصف هذا ونصف هذا الخ بخلاف ما اذا كان بعضه معينا وبعضه غير معين بأن قال نصف هذا الدينار ودرهم حيث يجب عليه نصف الدينار ويجب الدرهم كله ولو قال عشرة دراهم ودانق وقيراط فهو من الفضة لان الاكتفاء بالتفسير الاول شائع عندهم قال الله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين قال رحمه الله (لو أقر بتمر في قوصرة لزماه) يعني التمر والقوصرة وفسر في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه أنه أقر بغصب تمر حال كونه مظروفا ولا يتصور ذلك بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون مقرا بالمنزوع وعلى هذا الطعام في الجوالق أو في السفينة قال رحمه الله (وبدابة في اصطبل لزمته الدابة فقط) لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما وعلى هذا الطعام في البيت والاصل في جنس هذه المسائل أن الظرف ان أمكن أن يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان أمكن نقله لزماه وان لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدق لانه أقر بغصب تام اذ هو مطلق فيحمل على الكمال وعند محمد رحمه الله لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور عنده وان لم يمكن أن يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني لانه لا يصلح أن يكون ظرفا له قال رحمه الله (وبخاتم له الحلقة والفص) لان الاسم يشملهما قال رحمه الله (وبسيف له النصل

(قوله ولو قال لفلان على نصف درهم الخ) أي ولو قال له على كر من حنطة وشعير وسمسم كان من كل واحد منهن الثلث لانه فسر الكل الواجب بهذه الاجناس الثلاثة فيقتضي الابهام بالسوية اه اتقاني (قوله في المتن لو أقر بتمر في قوصرة) القوصرة وعاء التمر منسوج من قصب قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روى

أفلح من كانت له قوصره * يأكل منها كل يوم مره

ثم قال ولا أدري صحة هذا البيت اه اتقاني (قوله لزماه) أي لان الاقرار اخبار والاقرار بالغصب اخبار عن نقله اذ الغصب نقل ونقل المظروف لا يتصور حال كونه مظروفا الا بنقل الظرف فصار اقرارا بغصبهما ضرورة كذا في كتب أصحابنا وفيه نوع تأمل اه كاكي (قوله لان كلمة من للانتزاع) أي لابتداء الغاية فيكون اقرارا بأن مبدأ الغصب من قوصرة اه كاكي (قوله فيكون مقرا بالمنزوع) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك كذا وكذا أو كذا مع كذا أو كذا بكذا أو كذا عليه كذا لزماه جميعا لان هذه الالفاظ تقتضي الصاق أحدهما بالآخر وضمه اليه فيرد عليهما الغصب دفعة واحدة ولو قال كذا من كذا أو كذا على كذا لزمه الاول فقط لانه يقتضي الانفصال والتمييز لا الجمع بينهما في حق ورود الغصب عليهما اه اتقاني في المبسوط الاصل في جنس هذه المسائل أنه ان كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وتمر في قوصرة وان كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح للظرفية اه كاكي (قوله وعلى هذا الطعام في الجوالق) كما اذا قال غصبت الطعام في الجوالق اه (قوله أو في السفينة) حيث يلزمه الظرف والمظروف اه اتقاني وقال الاتقاني ولو قال غصبتك كذا في كذا والثاني مما يكون وعاء للاول لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وما أشبه ذلك لانه مظروفه في حال ورود الغصب عليه فيرد على ظرفه ضرورة اه (قوله وعلى هذا الطعام في البيت) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك مائة كر حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت في قول محمد لانه يرى الغصب في البيت وأبو حنيفة وأبو يوسف لا يريانه فيضمن الطعام لا غير ولو قال غصبتك البيت بالطعام ولم أحوله لم يصدق وأخذهما جميعا في قول محمد لانه أقر بالغصب في الحنطة وذلك لا يكون الا بالنقل فاذا قال لم أحول الطعام فقد أنكر بعدما أقر فلا يصدق اه اتقاني (قوله في المتن وبخاتم له الحلقة والفص) ولا نعلم فيه خلافا وكذا لو أقر بدار أو أرض لرجل يدخل البناء والاشجار اذا كانا فيهما حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك ان البناء والاشجار لي وكذا لو قال الفص لي لم يصدق ولم تقبل بينته كذا نقلته من خط العلامة قارئ الهداية (قوله لان الاسم يشملهما) ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما الاسم لزماه جميعا بالاقرار اه اتقاني (قوله في المتن وبسيف له النصل الخ) قال في الذخيرة ولو قال هذا الخاتم لي وفصه لك هذا السيف لي وحليته لك هذه الجبة لي وبطانتها لك وقال المقر له الكل لي فالقول للمقر وبعد ذلك ينظران لم يكن في نزع المقر به ضرر يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر فواجب على المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به اه

(قوله كالديدان في جمع دود) قال في الصحاح الدود جمع دودة وجمع الدود ديدان اه (قوله في المتن وبثوب في منديل) قال شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه ولو أقر أنه غصب ثوبا في منديل كان مقرا بالثوب والمنديل ويرجع في البيان اليه لان كلمة في للظرف يقال جعلت الدرة في الحقة والحنطة في الجوالق وقد أمكن العمل بحقيقته على توافق العادة الجارية فيما بين الناس لانه في غالب العادة يجعل المنديل ظرفا للثوب واذا أمكن العمل بحقيقته وجب اعتباره فاذا وجب اعتباره فهذا أقر بثوب مظروف في منديل ولا يتصور غصب ثوب مظروف في منديل الا بغصب الثوب والمنديل جميعا فانه متى غصب الثوب دون المنديل لا يكون غاصبا الثوب مظروف في المنديل فصار مقرا بغصب ثوب ومنديل الا أنه لم يعين الثوب والمنديل فيرجع في البيان اليه وكذلك لو قال غصبتك عشرة أثواب في عيبة كان مقرا بغصب عشرة أثواب وعيبة فيرجع في البيان اليه لما ذكرنا في غصب الثوب والمنديل اه اتقاني (قوله لانه) أي كلمة في حقيقتها للظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة فلا يصار الى المجاز وذلك لانه اه اتقاني (قوله لا تكون ظرفا للثوب واحد عادة) أي فتترك الحقيقة بدلالة العادة وتحمل كلمة

في على المجاز ويجعل بمعنى البين والوسط كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي فيصير كأنه قال غصبت ثوبا من وسط عشرة أثواب فلا يلزمه الا واحد اه اتقاني (قوله فادخلي في عبادي أي بين عبادي) سيأتي في كلام الشارح عند قوله في المتن وبخمسة في خمسة أن في في الآية بمعنى مع اه (قوله منقوض) مثل هذا على عادة الفقهاء لان النقض حقيقة يكون بتخلف الحكم مع وجود العلة اه من خط الشارح رحمه الله (قوله وقال زفر عليه عشرة) قال الاتقاني قال صاحب الهداية وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون أراد به الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة ومذهب زفر مثل قول الحسن كذا في التقريب اه وقال في المجمع أو بخمسة في خمسة بمعنى مع لزمته عشرة وان أراد الحساب ألزمناه بخمسة لا بخمسة وعشرين اه وهو كما ترى يخالف لما نقله الشارح عن زفر فلعل عن زفر روايتين والله أعلم اه (قوله ولا يتصور أن تكون الدراهم ظرفا للدراهم) قال الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الاقرار بألفاظ مختلفة قال أبو حنيفة اذا قال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم فعليه العشرة الاولى لان كلمة في تستعمل للظرف والعشرة لا تصلح ظرفا للعشرة الأخرى فلغا قوله في عشرة وبقي قوله لفلان علي عشرة وكذلك لو قال في عشرة دنانير الا أن يقول عنيت هذه وهذه لان كلمة في تذكر ويراد بها مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي ولكنها خلاف الظاهر فلا ينصرف اليها الا بالنية ولو قال علي درهم في قفيز حنطة لزمه الدرهم والقفيز باطل لان القفيز وان صلح ظرفا للدراهم لكنه التزم المظروف دون الظرف فلا يلزمه الظرف وبيانه ما قال خواهر زاده أنه أقر بدرهم في الذمة وما في الذمة لا يتصور أن يكون مظروفا في شيء آخر ولو قال له علي قفيز حنطة في درهم لزمه القفيز وبطل الدرهم لان الدرهم لا يصلح ظرفا له وكذا لو قال له علي فرق زيت في عشرة مخاتيم حنطة لزمه الزيت والحنطة باطل لانها لا تصلح ظرفا كذا في شرح الكافي اه اتقاني وكتب ما نصه قال في شرح الكافي لو قال له علي

والجفن والحمائل) لان اسم السيف ينطلق على الكل النصل حديدته والجفن غمده والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقته قال رحمه الله (وبحجلة له العيدان والكسوة) لان الاسم يطلق على هذه الجملة عادة وهي المعتبرة في الباب والحجلة بيت مزين بالثياب والاسرة والعيدان جمع عود كالديدان في جمع دود قال رحمه الله (وبثوب في منديل أو في ثوب يلزمانه) لانه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا بخلاف ما اذا قال غصبت إكافا على حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة دون الحمار لان الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط قال رحمه الله (وبثوب في عشرة ثوب) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه أحد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فأمكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوالق أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير فيصير كأنه قال عشرة أثواب في ثوب لابي يوسف رحمه الله وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا أن العشرة لا تكون ظرفا للثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة اذ التعويل عليها ولان الثوب اذا لف في ثياب كان كل واحد منها مظروفا في حق ما وراءه فلا يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق أن يكون الكل ظرفا لواحد فلغا آخر كلامه وحمله على التقديم والتأخير لا يمكن لان فيه احتمالا لا يجاب المال مع الاحتمال لان في قد تكون بمعنى البين قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي بين عبادي فلا يجب بالشك وقوله النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب منقوض بما اذا قال غصبت منه كرباسا في عشرة أثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع أنه ممتنع عرفا قال رحمه الله (وبخمسة في خمسة وعنى الضرب خمسة) وقال زفر رحمه الله عليه عشرة وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لعرف الحساب لانهم يريدون به ارتفاع أحد العددين بقدر العدد الآخر ولزفر أن حرف في تستعمل بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي معهم وهو الفاشي بين الكافة وانما يراد به ارتفاع أحد العددين بقدر الآخر عند الخواص من الناس وهم الحساب وهذا لان حقيقة في أن تكون للظرف ولا يتصور أن تكون الدراهم ظرفا للدراهم فتعين

المجاز

درهم مع درهم أو معه درهم لزمه درهمان لان كلمة مع للجمع فصار كأنه قال له على درهمان وكذلك لو قال قبله درهم أو بعده درهم لانه اخبار عن حالة الوجوب فقد أقر بوجوب درهم آخر سابقا عليه أو متأخرا عنه فيؤخذ به وان قال درهم فدرهم أو درهم ودرهم لزماه جميعا لانهما تقتضى الجمع والمقارنة فى الوجوب ولو قال له على درهم درهم لزمه درهم واحد فرق بين هذا وبين ما اذا قال لامرأته أنت طالق طالق حيث يقع ثنتان لان الاقرار اخبار فيجعل الثانى مؤكدا للاول والطلاق انشاء والتأكيد لا يدخل فى الانشاء فكان الثانى غير الاول فاقتضى وقوع طلاق آخر ولو قال له على درهم بدرهم لزمه درهم لان الباء للبدلية يعنى عوضه درهم فقد أخبر أن الوجوب كان بطريق المعاوضة وكذلك لو قال له على درهم على درهم لانه وصف الاول بالوجوب والثانى بكونه عوضا له فلا يتصف الثانى بالوجوب فيلزمه درهم واحد ولو قال له على درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دراهم لانه أقر بوجوب الدرهم سابقا على وجوب الدرهمين فيلزمه ثلاثة دراهم اهـ اتقانى (قوله وهى الظرفية) أى لان الدراهم لا تصلح أن تكون ظرفا اهـ (قوله فى المتن وعشرة ان عنى مع) أى بلا خلاف وبه قال الشافعى وأحمد ولم يذكر فى الكتاب ولا فى المبسوط اذا أراد بفى معنى على ما حكمه عندنا ولكن ذكر فى الذخيرة يلزمه عشرة وبه قال الشافعى ومالك اهـ كاكى (قوله لاسيما اذا كان فيه تشديد على نفسه) أى لان ذلك يصدق فى القضاء أيضا اهـ من خط الشارح (قوله فلا تدخل الغايتان) وعلى هذا الخلاف اذا قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث فعند أبى حنيفة يقع ثنتان وعندهما يقع الثلاث وعند زفر يقع واحدة اهـ اتقانى (قوله ولو قال على لفلان كر حنطة الخ) قال القدورى فى التقريب قال أبو حنيفة فيمن قال لفلان على ما بين كر شعير الى كر حنطة لزمه كر شعير وكر حنطة الا قفيزا ولم يجعل الغاية جميع الكر لان العادة أن الغاية لا تكون أكثر الشئ ولا نصفه والكر عبارة عن جملة من القفزان فوجب أن يصير الانتهاء الى واحد منها ثم قال وحكى عن أبى الحسن أنه قال لو قال له على من درهم الى دينار لم يلزمه الدينار وهذا يوجب أن الغاية أكثر الشئ اهـ اتقانى (قوله فى المتن وللحمل ان بين سببا صالحا الخ) كما اذا قال لما فى بطن فلانة على من جهة وصية أوصى بها له فلان بعينها أو ميراث ورثها من أبيه أو غيره فاستهلكتها عليه وصار ذلك دينا للجنين على أو كان لفلان على ألف درهم وأوصى بها لما فى بطن فلانة ومات أو كان لابيه أو قريب له آخر مات وتركها ميراثا له اهـ اتقانى

المجاز المتعارف بين الناس وبين اللفظين اتصال من حيث ان كل واحد منهما للجمع فصحت الاستعارة قلنا لما تعذرت الحقيقة وهى الظرفية لغا ولا يصار الى المجاز لان المجاز متعارض لانها تستعمل بمعنى الواو لاتصال بينهما من حيث ان كل واحد منهما للجمع وبمعنى مع على ما بينا وبمعنى على قال الله تعالى حكاية عن فرعون لأصلبنكم فى جذوع النخل أى على جذوع النخل واذا كانت بمعنى على لا تقتضى وجوب الثانى على ما بينا من قبل وليس حملها على البعض أولى من البعض فلغت لما ذكرنا أن الظرفية اذا تعذرت تلغو فصار كما اذا قال على درهم فى درهم اذ لا فرق بينه وبين قوله على خمسة دراهم فى خمسة دراهم لان الموجب للالغاء فيهما هو تعذر الظرفية وهو فيهما سواء وما ذكر الحسن لا يستقيم فى الموزون وانما ذلك فى الممسوح على أن الارتفاع الذى ذكره يراد به تكثير الاجزاء لا تكثير الاعداد صحة وتكثير الاجزاء لا يوجب تكثير العدد وهو المتعارف عند الحساب قال رحمه الله (وعشرة ان عنى مع) أى يلزمه عشرة ان أراد به معنى مع لان اللفظ وهو حرف فى يحتمله مجازا على ما بينا فاذا نوى محتمل كلامه صحت نيته لاسيما اذا كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف فى موضعه قال رحمه الله (له على من درهم الى عشرة أو ما بين درهم الى عشرة له تسعة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرة كلها وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا والحد لا يدخل فى المحدود فلا تدخل الغايتان فصار كما اذا قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين فان الحائطين لا يدخلان فى الاقرار فكذا هذا ولابى يوسف ومحمد رحمهما الله ان الغاية لابد أن تكون موجودة اذ المعدوم لا يصلح أن يكون حدا والوجود وجوده بوجوبه فتدخل الغايتان بخلاف ما ذكر من المحسوس لانه موجود فيصلح حدا فلا يدخلان وله أن الغاية لا تدخل فى المغيا لان الحد غير المحدود فهذا هو الاصل كما قال زفر لكن هنا لابد من ادخال الغاية الأولى لان الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الاول اذ لا يعقل ثان بدون الاول فدخلت الغاية الأولى ضرورة ولا ضرورة فى ادخال الثانية فأخذنا فيها بالقياس فلا تدخل ولان العدد يقتضى ابتداء فاذا أخرجنا الاول من أن يكون ابتداء صار الثانى هو الابتداء فيخرج هو أيضا من أن يكون ابتداء كالأول وكذا الثالث والرابع الى آخره فيؤدى الى خروج الكل من أن يكون واجبا فكان باطلا ولو قال على لفلان كر حنطة الى كر شعير فعليه عند أبى حنيفة رحمه الله كر حنطة وكر شعير الا قفيزا لان القفيز الآخر من الشعير هو الغاية الثانية وعندهما يلزمه الكران ولو قال له على عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند أبى حنيفة رحمه الله يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير ذكر المسئلتين فى النهاية قال رحمه الله (له من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له ما بينهما فقط) لما ذكرنا أن الغاية لا تدخل فى المغيا قال رحمه الله (وصح الاقرار بالحمل وللحمل ان بين سببا صالحا

(قوله فيجب إعماله ما أمكن) أى لان الاصل فى كلام العاقل أن يصح مهما أمكن وقد أمكن بالحمل على أنه استهلك مال الجنين فيحمل عليه اهـ اتقانى (قوله واما أن يبين سببا غير صالح فلا يجوز) أى اقراره ولا يلزمه شئ بأن قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم بالبيع أو الاجارة أو الاقراض فان الاقرار لم يضف الى محله فان الجنين ليس من أهل أن يستحق دينا بالتجارة على أحد لان الجنين لا يتجر ولا يتجر له واذا لم يكن الجنين أهلا لاستحقاق الدين بالسبب الذى أقر به كان ما أقر به للجنين بسبب التجارة كذبا بيقين والكذب بيقين لا يتعلق به حكم فيكون وجوده بمنزلة عدمه فكان كمن أقر أنه قطع يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الاقرار شئ لانه كذب بيقين فكذلك هذا بخلاف ما لو أقر لرضيع أن له عليه ألف درهم بالبيع أو الاجارة لان الرضيع من أهل أن يستحق الدين لهذا السبب بتجارة وليه لانه يتجر له ان كان لا يتجر هو بنفسه بخلاف الجنين اهـ اتقانى رحمه الله (قوله أو ورثة أبيه) أى فيما اذا قال مات أبوه فورثه اهـ (قوله وان أبهم ولم يبين السبب) أى لان له وجها صحيحا بأن أوصى رجل بالحمل لآخر ومات فأقر وارثه بأن هذا الحمل لفلان ولا وجه لتصحيحه غيره فتعين طريق التصحيح فيصح اهـ (قوله فى المتن لزمه المال وبطل الشرط) قال الاتقانى وتحقيقه أن الاقرار لا يحتمل الفسخ والمقصود من الاقرار هو الفسخ فلما لم يحتمل الاقرار الفسخ لم يجز شرط الخيار ولزمه المال لان المقصود من فسخ الاقرار فسخ المقر به والمقر به لا ينفسخ بفسخ الاقرار لان المقر به وجوب ألف درهم ووجوبه ما كان بالاقرار حتى ينفسخ بفسخ الاقرار لان الاقرار اخبار عما كان وليس بايجاب مبتدأ واذا لم ينفسخ المقصود من فسخ الاقرار بفسخه لم يكن الاقرار محتملا للفسخ كما فى باب الطلاق والعتاق لما لم يمكن فسخ اذا ماهو المقصود من الاعتاق والطلاق وهو ما سقط بهما لم يكونا محتملين للفسخ فكذلك هذا وأورد شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه فى هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل الاقرار مما يحتمل الفسخ بعد وقوعه فانه ينفسخ برد المقر له فالجواب عنه أن الرد من المقر له ليس بفسخ للاقرار لان الفسخ رفع الشئ بعد ثبوته وتكذيب المقر له المقر فى اقراره ليس برفع الاقرار بعد ثبوته فى حقه بل بيان أنه غير ثابت فى حقه أصلا لان اقراره يحتمل الصدق والكذب فاذا كذبه المقر له ثبت الكذب فى حقه لانه اقرار على نفسه واذا صح التكذيب فى حقه ظهر أن الاقرار لم يكن ثابتا من الاصل لا أنه انفسخ فى حقه بعد وقوعه اهـ

والا فلا) وقوله ان بين سببا يتعلق بالاقرار للحمل لان الاقرار للحمل هو الذى يشترط فيه بيان السبب الصالح لانه ان بين فيه سببا صالحا بأن قال مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان يجوز والا فلا وهذا عند أبى يوسف وعند محمد رحمه الله تجوز الوصية له وان لم يبين السبب وأما الاقرار بالحمل فجائز بالاجماع وان لم يبين السبب لمحمد رحمه الله فى الخلافية أن الاقرار حجة موجبة فيجب اعماله ما أمكن وقد أمكن حمله على السبب الصالح لانه يمكن أنه ورثه أو أوصى له به فلا يصار الى الابطال مع الامكان فصار كاقرار العبد المأذون له أو الصبى المأذون له فى التجارة فانه يجوز لامكان الجواز وان احتمل الفساد بأن أقر بمال ليس من التجارة ولهذا جاز اقراره بالحمل مع احتمال الفساد ولابى يوسف رحمه الله أن لجوازه طريقين الارث والوصية وليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل كمن اشترى عبدا بألف ثم باعه وعبدا آخر معه من البائع بألف وخمسمائة فانه يبطل فى العبد المشترى وان أمكن جوازه بأن يجعل الالف أو أكثر حصة المشترى والباقى حصة الآخر بخلاف اقرار المأذون له فى التجارة لان لصحته جهة واحدة وهى التجارة وبخلاف الاقرار بالحمل لان لصحته جهة واحدة وهى الوصية على ما قالوا لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت سببا ولان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا يجوز اقرار العبد المأذون له وينفذ اقرار أحد المتفاوضين على شريكه ولولا ذلك لما جاز ولا نفذ فصار كما اذا صرح به ولا يتصور البيع مع الجنين ولا يلى عليه أحد فيبطل وحاصله أن للمسئلة ثلاث صور إما أن يبهم الاقرار فهو على الخلاف و إما أن يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع و إما أن يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع ولا يقال ظاهر اقراره يقتضى الوجوب فكيف يقدر على ابطاله ببيان سبب غير صالح والابطال رجوع عن الاقرار وهو لا يملك الرجوع لانا نقول ليس برجوع وانما هو بيان سبب محتمل لانه يحتمل ان أحدا من أوليائه باعه عنه فيحسب أن ذلك صحيح فيقر به ويضيفه الى الجنين أيضا مجازا كما يقال بنى فلان دارا وان كان البانى غيره وهم الاجراء ثم اذا صح الاقرار للحمل انما يصح اذا جاءت به فى مدة يعلم أنه كان موجودا وقت الاقرار أو يحتمل وذلك بأن تضعه لاقل من ستة أشهر اذا كانت ذات زوج أو لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة ثم ان ولدته حيا كان له ما أقر به وان ولدته ميتا رد الى ورثة الموصى أو ورثة أبيه وان ولدت ولدين فان كانا ذكرين أو انثيين فهو بينهما نصفان وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فكذلك فى الوصية وفى الارث للذكر مثل حظ الانثيين وقد ذكرنا أن الاقرار بالحمل جائز بالاجماع وان أبهم ولم يبين السبب وذكرنا الفرق لابى يوسف رحمه الله بينه وبين الاقرار له ثم ان كان المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار أو احتمل ذلك على الوجه الذى بينا وان كان حمل بهائم يقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند أهل الخبرة على ما جرت به عادتهم قال رحمه الله (وان أقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط) معناه أنه

(قوله والاخبار لا يقبل الخيار) أى سواء صدقه صاحبه أو كذبه اه اتقانى نقلا عن شرح الكافى للاسبيجابى اه (قوله لان الخيار ليتغير) أى شرع لان يتغير الخ (قوله جاز ان صدقه المقرله) أى والخيار له الى آخر المدة اه اتقانى (قوله لان الكفالة (١) تلائم اشتراط الخيار) لانها تحتمل من الجهالة والخطر ما لا يحتمله عقد البيع فاذا جاز اشتراطه فى البيع ففى الكفالة أولى ثم قدر الخيار فى البيع بثلاثة أيام عند أبى حنيفة ولم يقدر الخيار فى الكفالة بمدة لان اطلاق الخيار ينافى حكم البيع لان حكمه الملك المطلق وحكم الخيار منع السبب من العمل وبينهما منافاة وحكم الكفالة ههنا لزوم الدين وانه يصح مطلقا ومقيدا فلا يكون اشتراط الخيار منافيا وان كذبه المقرله فى الخيار لزمه المال ولم يصدق على شرط الخيار لانه يدعى عليه التأخير وهو ينكر اه اتقانى

اذا قال على لفلان ألف درهم قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على انه بالخيار ثلاثة أيام واغا لزمه لان الاقرار حجة ملزمة على ما بينا من قبل وهو اخبار عن الكائن وليس بانشاء والاخبار لا يقبل الخيار لان الخيار ليتغير به صفة العقد و يتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه والخبر لا يتصور فيه ذلك لانه ان كان صادقا فهو صدق اختار أو لم يختر وان كان كاذبا لم يتغير باختياره ولا بعدم اختياره فتعين الالغاء ولان الخيار فى معنى التعليق بالشرط والخبر لا يحتمل التعليق بالشرط لعدم حكمه وهو الاعدام وأما اذا قال على ألف درهم من ثمن مبيع بعته على أنى بالخيار صح و يثبت الخيار اذا صدقه المقر له أو أقام على ذلك بينة لان المقر به عقد يقبل الخيار فيصح اذا ثبت بحجة وان كذبه المقرله لم يثبت الخيار وكان القول قول المقرله لانه من العوارض كالاجل والقول فى العوارض قول المنكر وان أقر بالدين بسبب كفالة على أنه بالخيار فى مدة معلومة طويلة أو قصيرة جاز ان صدقه المقرله لان الكفالة عقد يصح فيه خيار الشرط بخلاف الصور المتقدمة لانها أفعال لا تقبل الخيار فكذا الاقرار بها والله أعلم بالصواب

﴿باب الاستثناء وما فى معناه﴾

الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا عندنا واخراج بعد الدخول عند الشافعى رحمه الله بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثناء جائز فى الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان على ألف درهم الا مائة أو خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلما بالباقى وكان مانعا من الدخول شككنا فى المتكلم به والاصل فراغ الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك وصار نظير ما لو قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك فى المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقى على حاله قال رحمه الله (صح استثناء بعض ما أقر به متصلا ولزمه الباقى) لما ذكرنا انه تكلم بالباقى بعد الثنيا وصار اسما له فيلزمه كأنه تكلم بالباقى ابتداء ثم اطلاق لفظة البعض فى الكتاب من غير تقدير بشئ دليل على أن الاكثر جائز وهو المذهب وقال الفراء رحمه الله لا يجوز لان العرب لم تتكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود فى القرآن قال الله تعالى لأغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين أخرى فأيهما كان أكثر لزمه وقال الشاعر

أدوا التى نقصت تسعين من مائة * ثم ابعثوا حكما بالعدل حكاما

﴿باب الاستثناء وما فى معناه﴾

لما ذكر حكم الاقرار بلا تغيير شرع فى موجبه مع المغير وهو الاستثناء لان الاصل عدم التغيير اه اتقانى (قوله فانه يلزمه الاقل) قال الكاكى رحمه الله فى معراج الدراية لو قال على ألف الا مائة أو خمسين قال أبو سليمان عليه تسعمائة وخمسون لانه ذكر كلمة الشك فى الاستثناء فيثبت أقلهما كما لو ذكر كلمة الشك فى الاقرار بين الشيئين فانه يثبت أقلهما فكذا هذا وفى رواية أبى حفص يلزمه تسعمائة لان الشك فى الاستثناء يوجب الشك فى الاقرار فكأنه قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فيثبت الاقل قالوا والاول أصح لان الشك حصل فى الاستثناء ظاهرا اه (قوله وصار اسما له الخ) قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده فى مبسوطه واذا أقر الرجل بألف درهم واستثنى فقال الا مائة درهم فان الاستثناء جائز وعليه تسعمائة أما جواز الاستثناء فانه استثنى بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا واستثناء بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا جائز اذا كان المستثنى أقل من المستثنى منه عندهم جميعا فاذا صح الاستثناء صار مقرا بما وراء المستثنى وذلك تسعمائة كأنه قال لفلان على تسعمائة فأما اذا قال لفلان على ألف الا تسعمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح و يكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول أبى يوسف على ما روى عنه فى غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء و يلزمه الالف لان المستثنى أكثر من المستثنى منه كذا ذكر خواهر زاده ووجهه أن من عادة العرب أنهم يقصدون بالاستثناء اخراج الاقل دون الاكثر ونحن نقول اذا عرف عمل الاستثناء لم يفترق الحال بين أن يخرج الاقل أو الاكثر اه اتقانى (قوله لزمه) أى لزم الفراء اه

(١) قول المحشى لان الكفالة تلائم الخ هكذا فى أصل الحاشية وهو مخالف لعبارة الشارح كما ترى اه مصححه

(قوله لايصح استثناء الكل) أى كما اذا قال لفلان على ألف درهم الا ألفا قال الاتقانى وكذا اذا استثنى أكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلأن لايجوز استثناء الالف وزيادة أولى اه (قوله فلا يصح) أى وحينئذ فيلزمه ما أقربه اه ﴿فرع﴾ قال الامام محمد بن أحمد المعروف بالاسبيجابى فى شرح الطحاوى لو قال له على عشرة دراهم الا سبعة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما فانه ينظر الى المستثنى الاخير وهو درهم فيستثنيه من الذى يليه وهو ثلاثة فيبقى درهمان فيستثنيهما من الذى يليهما وهو خمسة فيبقى ثلاثة ثم يستثنى الباقى وهو ثلاثة من الذى يليه وهو سبعة فيبقى منها أربعة ثم يستثنى الباقى وهو أربعة دراهم من الذى يليه وهو عشرة دراهم فيبقى ستة فيلزمه ذلك وكذلك اذا دخل الاستثناء على الاستثناء على هذا القياس وقال شيخ الاسلام علاء الدين على بن محمد الاسبيجابى فى شرح الكافى لو قال لفلان على ألف درهم ولفلان على مائة درهم الا قيراطا كان الاستثناء من الاخير لان الاصل فى الاستثناء أن ينصرف الى الذى يليه ولو قال لفلان على ألف درهم ولفلان مائة دينار الا درهما من الالف كان كما قال لانه نص على المحل المستثنى منه فينصرف الاستثناء اليه ولو لم يبين أنه من الالف جعلته من الدنانير لان الاصل أن ينصرف الاستثناء الى ما يليه والذى يليه الدنانير ولو أقر لرجل واحد فقال له على ألف درهم ومائة دينار الا درهما جعلت الاستثناء من الدراهم لان الاصل أن يصرف الاستثناء الى ما هو جنس له من كل وجه الا عند التعذر ولا تعذر ههنا لان المستحق واحد وكذلك لو قال له على كر حنطة ودرهم الا قفيز حنطة فان كان الانسان واحدا جعلت الاستثناء من نوعه استحسانا لان الصرف اليه أولى لانه جنس له من كل وجه كذا فى شرح الكافى وقال فيه أيضا لو قال لفلان على ألف درهم أستغفر الله الا مائة درهم فالاستثناء باطل لان قوله أستغفر الله ليس من نسق الكلام لان الاستغفار لا يلائم الاخبار والاقرار فصار فاصلا وروى عن أبى حنيفة أنه لا يصير فاصلا لانه يستعمل فى العرف لاستدراك الغلط فصار كأنه قال غلطت الا مائة درهم فلا يعد فاصلا فلو قال لفلان على ألف درهم سبحان الله الا خمسين درهما لم يكن استثناء لان التسبيح لا يذكر وكذا لاستدراك الغلط فى مجرى العادة فكان نسقا آخر فعدّ فاصلا ولو قال لفلان على ألف درهم يا فلان الا عشرة دراهم كان الاستثناء جائزا لانه أخرجه مخرج الاخبار لشخص خاص وهذا صيغته فلا يعد فاصلا ولو قال لفلان على مائة درهم فاشهدوا على بها الا عشرة دراهم كان الاستثناء باطلا لان قوله فاشهدوا على بها حشو لا يحتاج الاقرار اليه فعد فاصلا بخلاف قوله يا فلان لانه لم يقع حشوا اه اتقانى (قوله فى المتن وصح استثناء الكيلى) قال الكاكى رحمه الله وفى الذخيرة واذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر وان كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شئ ثم ما ذكر أن جهالة المستثنى تلزم جهالة المقر به يخالف لما ذكره فى الذخيرة محالا الى المنتقى فقال قال أبو حنيفة لو قال لفلان على مائة درهم الا قليلا فعليه أحد وخمسون درهما وكذا فى نظائرها نحو قوله الا شيأ لان استثناء الشئ استثناء الاقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الاقل وعن أبى يوسف لو قال على عشرة الا بعضها فعليه أكثر من النصف اه (قوله فى المتن والوزنى من الدراهم) يعنى أو من الدنانير كما نبه عليه الشارح بعد قوله قريبا من هذا المتن أو الا دينارا صح بقوله وكذا الخ اه وكتب ما نصه اعلم أنه اذا استثنى من خلاف الجنس ففيه خلاف فان كان استثناء المقدر من المقدر كما فى الصورة المذكورة يصح الاستثناء

استثنى تسعين من مائة وان لم يكن بأداته لانه فى معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين استثناء الاقل والاكثر وان لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين أن يكون الاستثناء مما لا يقسم أو مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه أو قال الا ثلثيه صح قال رحمه الله (لا استثناء الكل) أى لا يصح استثناء الكل لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعده ولم يبق شئ ليصير متكلما به فيكون رجوعا فلا يصح وهذا اذا كان الاستثناء بلفظ المستثنى منه مثل أن يقول على عشرة الا عشرة أو يقول هؤلاء أحرار الا هؤلاء وأما اذا كان بخلاف لفظه يجوز وان أتى على الكل وذلك مثل أن يقول عبيدى أحرار الا هؤلاء أو يقول نسائى طوالق الا هؤلاء أو يقول عبيدى احرار الا مبارككا وسالما وبزيعا أو يقول نسائى طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى صح الاستثناء فلا يعتق أحد منهم ولا تطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شئ من المستثنى منه اذ اللفظ صالح له وذلك يكفى لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء لان الاستثناء يتبع صحة الكلام لفظا لا تحقق ما دخل تحته ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق ألفا الا تسعمائة وتسعة وتسعين يصح حتى لا يقع عليها الا واحدة ولو كان يتبع صحة الحكم لوقع الثلاث كما اذا قال أنت طالق ثلاثا الا ألفا وعلى هذا لو قال أوصيت بثلث مالى الا ثلث مالى لا يصح الاستثناء ويأخذ الموصى له ثلث ماله ولو قال أوصيت له بثلث مالى الا ألفا وثلث ماله ألف لا غير صح الاستثناء ولا يستحق الموصى له شيأ لما ذكرنا أنه يتبع صحة اللفظ لانه تصرف لفظى فينبنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله اللفظ ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح اللفظ ولا الاستثناء قال رحمه الله (وصح استثناء الكيلى والوزنى من الدراهم لا غيرهما) حتى اذا قال على ألف درهم الا قفيز حنطة أو الا دينارا صح

وكذا لو قال على مائة دينار الا قفيز شعير أو الا عشرة دراهم صح وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يصح ولو قال على مائة درهم الا ثوبا لا يصح باتفاق أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما يعني في المثلي وغيره لان حكم الاستثناء امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل المعارض عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم فاذا قال على عشرة الا خمسة يصير كأنه قال الا خمسة فانها ليست على فاذا كان بطريق المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر الامكان فاذا كان المعارض من جنسه يجب اخراج قدره وان كان من خلاف جنسه يجب اخراج قيمته عملا بالدليل المعارض بقدر الامكان ولمحمد وزفر أن الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن القياس ما قاله محمد وزفر رحمهما الله لما بينا الا أنهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل والموزون لانها جنس واحد في المعنى من حيث انها تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز استقراضها وان اختلفت صورتها فاذا كانت في المعنى جنسا واحدا جاز استثناؤها باعتبار المعنى لان الاستثناء استخراج بطريق المعنى على أن يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى وما ذكره الشافعي لا معنى له لان المعارضة لا تثبت عند اختلاف المحل لان انتفاء أحدهما لا ينافي ثبوت الآخر فلا يتعارضان ولان العبد لا يقدر أن ينفي ما عليه من الواجب بطريق المعارضة فانه اذا أقر به لزمه ولا يتصور أن ينتفي بعد ذلك بانكاره ولو كان بطريق المعارضة كما ذكره لاستوى فيه البعض والكل كالنسخ وكذا كان يستوي فيه الاتصال والانفصال لان المعارض لا يشترط أن يكون مقارنا وانما ذلك في المغير ولان الاقرار خبر ولو كان بطريق المعارضة لكان أحدهما كذبا وذلك لا يجوز لانه موجود في القرآن قال الله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما ولو كان هذا اخبارا عن لبثه فيهم ألف سنة ثم أخبر أنه لم يلبث فيهم خمسين عاما منها لكان كذبا تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا وانما هو اسم للباقي بعد الثنيا كأنه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما الا أنك اذا قلت على عشرة الا خمسة فذلك اسم للخمسة كأنك قلت على خمسة لا أنك أقررت بعشرة ثم أسقطت الخمسة بعد ذلك بكلام معارض والمعدود الذي لا تتفاوت آحاده كالفلوس مثل المكيل والموزون حتى يجوز استثناؤه من الدراهم والدنانير قال رحمه الله (ولو وصل اقراره بان شاء الله بطل اقراره) لانه ابطال أو تعليق على ما بينا في الطلاق فان كان الاول فقد بطل وهو ظاهر وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال لفلان على ألف درهم ان شاء فلان كان الاقرار باطلا وان شاء فلان لانه

عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا و يطرح قدر قيمة المستثنى مما أقر به والقياس أن لا يصح الاستثناء وهو قول محمد وزفر وان كان استثناء غير المقدر من المقدر لا يصح الاستثناء عندنا كما اذا قال لفلان على مائة درهم الا ثوبا قياسا واستحسانا خلافا للشافعي لان الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ألا ترى الى قوله وبلدة ليس بها أنيس * إلا اليعافير وإلا العيس قد استثنى من خلاف الجنس ولنا أن الاستثناء اخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا وعليه أهل اللغة فلا بد من المجانسة لان معنى الاستثناء لا يتحقق الا بان يكون المستثنى داخلا تحت صدر الكلام لولم يكن الا والدخول تحت صدر الكلام لا يكون اذا لم توجد المجانسة فيكون الاستثناء لبيان أن المستثنى لم يدخل في الصدر ووجه ما قال محمد وزفر أن استثناء جنس من خلاف جنس لا يصح قياسا على ما لو استثنى من المقدر ثوبا أو حيوانا في الحجة على أبي حنيفة وأبي يوسف وقياسا على ما لو استثنى كما في الحجة على الشافعي وهذا لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام وهذا المعنى لا يتحقق في خلاف الجنس فلا يطرح قيمة قدر المستثنى ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن الاستثناء إخراج بعض ما دخل تحت صدر الكلام ولا يمكن اخراج المستثنى من صدر الكلام في حق التكلم لان ذلك لا يمكن لان الحقائق لا مرد لها ويمكن اخراجه في حق الحكم وهو الوجوب لان المقدرات كلها جنس واحد في حق الوجوب بالعقد ولهذا يصح ايجابها في الذمة كالدراهم فيصح استثناؤها فيصير تقدير الكلام له على ألف الا قدر قيمة المستثنى فيصير صدر الكلام عدما في قدره في حق الوجوب بخلاف ما اذا استثنى غير المقدر حيث لا يصح لان ماليته غير معلومة لكونه متفاوتا في نفسه فيكون استثناء المجهول من المعلوم فيفسد ولان الثوب لا يجانس الدراهم لا صورة ولا وجوبا في الذمة فان الثوب لا يجب في الذمة الا سلما أو ما هو في معنى السلم كالبيع بثياب موصوفة والدراهم تجب مطلقا وهذا معنى قوله لا يجب بمطلق عقد المعاوضة فلم يجز أن يضم الى اقراره ما لم يتضمنه اقراره اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال في شرح الكافي أيضا ولو قال لفلان ألف درهم ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا الاقرار باطل لانه علق وما نجز واللزوم حكم التنجيز لا حكم التعليق وكذلك كل اقرار علق بخطر أو شرط نحو قوله ان دخلت الدار أو ان مطرت السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله أو ان أراده أو ان رضيه أو ان أحبه أو ان أصبت مالا أو ان كان كذلك أو ان كان ذلك حقا لانه تعليق الاقرار بالشرط فلا يكون اقرارا في الحال ولا يمكن جعله اقرارا عند وجود الشرط لانه ليس بموجود في تلك الحالة بخلاف تعليق الطلاق والعتاق لانا أبقيناه من حيث انه يمين وله حكم في الحال وهو الحل أو المنع ثم اذا جاء الشرط انحل التركيب فوقع الطلاق وههنا الحكم بخلافه اه اتقاني (قوله كان الاقرار باطلا وان شاء فلان)

أى لان مشيئة فلان لا توجب الملك اه اختيار (قوله أو الى الاضحى) فهذا كله اقرار وهو حال عليه ان لم يقر الطالب بالاجل لانه ذكر الوقت وانه يذكر لتأخير المطالبة فكان مقرا بدين مؤجل فيلزمه اه اتقانى (قوله وشرط فى المختصر أن يكون موصولا) قال فى الهداية ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار قال الاتقانى وذلك لان المشيئة تمنع من لزوم ما يلزم عند عدمها قال تعالى ستجدنى ان شاء الله صابرا ولا أعصى لك أمرا بيانه أنه لو لم يقل ان شاء الله ولم يصبر كان خلفا فى الوعد فلما قال ان شاء الله ولم يصبر لم يصر مخلفا للوعد فعلم بذلك أن المشيئة اذا علق بها تمنع ثبوت الحكم وهذا الذى ذكرنا استحسان والقياس أن لا يصح الاستثناء ويلزمه المال ذكر الاستحسان والقياس خواهر زاده (16) فى مبسوطه ووجه القياس أن فائدة التعليق تأخير الحكم الى أن يوجد الشرط وتأخير ما كان متحققا فى الماضى لا يصح لان الاقرار اخبار عما كان فى ذمته فى الماضى وليس بايجاب مبتدا فى الحال ووجه الاستحسان أنه تعليق أمر ثابت فى الحال بشرط غير متحقق لا يعرف وجوده كما فى الطلاق والعتاق اذا علقا بمشيئة الله تعالى اه (قوله هل هذا الاستثناء الخ) أى الاستثناء بمشيئة الله تعالى اه (قوله فى المتن ولو استثنى البناء من الدار الخ) قال الاتقانى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا كانت الدار فى يدى رجل فأقر أنها لفلان الا بيتا منها معلوما فانه لى فهو على ما قال وكذلك لو قال الا ثلثها أو الا تسعة أعشارها لى فانه يصدق لانه بالاستثناء تبين أنه انما أقر بما سوى المستثنى لانه تكلم بالباقى ولو قال الدار لفلان وهذا البيت لى كانت الدار كلها لفلان وكذا لو قال الدار لفلان ولكن هذا البيت لى وكذلك لو قال هذه الدار لفلان وبناؤها لى أو قال هذه الارض لفلان ونخلها لى أو قال النخل باصوله لفلان وثمرته لى لانه فهما أقر به كله لفلان ثم ادعى شيأ منه بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لى لم يصدق أيضا على البناء والبناء تابع وليس هذا باستثناء لان الاستثناء اخراج بعض ما دخل تحت صدر الكلام والبناء لم يدخل تحت صدر الكلام وانما دخل بطريق التبعية والاتباع لا يتناولها الاستثناء كما لو قال هذه الجارية لفلان الا بياضها أو جمالها فانه لى أليس أنه لا يصدق كذا هنا وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الا نخله بغير أصوله فانه لى أو قال هذه الجبة لفلان الا بطانتها فانها لى أو قال هذا السيف لفلان الا حليته فانها لى لم يصح الاستثناء لانه استثناء للتوابع وانها لم تدخل تحت صدر الكلام كذا فى شرح الكافى وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده فى باب

علقه بشرط فى وجوده خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق به أصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين بالتعليق أنه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان دخلت الدار أو أمطرت السماء أو هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بذلك فهذا كله وما شاكله مبطل للاقرار اذا كان موصولا للمعنى الذى ذكرنا ولو قال اشهدوا أن له على ألف درهم ان مت فهو عليه ان مات أو عاش فان هذا ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة ومراده أن يشهدهم على المال المقر به حتى لا تبقى ذمته مرتهنة ليشهدوا بعد موته اذا جحدت الورثة فيكون راجعا الى تأكيد الاقرار فيلزمه المال عاش أو مات وكذا لو قال على ألف اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس أو الى الفطر أو الى الاضحى لان هذا ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى الوقت المذكور فيكون اقراره مقبولا ودعواه الاجل لا يقبل الا بحجة هكذا ذكره فى النهاية وذكر فى المحيط فى باب تعليق الاقرار بالشرط هذه المسألة فقال أصله أن تعليق الاقرار بالشرط باطل والمال لازم لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والكائن لا يعلق بالشرط وانما يعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائنا عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا فائدة فى تعليقه بالشرط فلغا تعليق الاقرار بالشرط الا اذا كان الشرط سببا لحلول الاجل والموت ومجىء الغد فيصح تعليقه بذلك الشرط لانه يراد به الاخبار عن محل الاجل هكذا ذكره فى مسائل المبسوط وذكر فى النهاية فى أوائل هذه المسألة معزيا الى المبسوط فقال لو قال غصبت منك هذا العبد أمس ان شاء الله تعالى لم يلزمه شىء استحسانا والقياس أن استثناءه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح فى الانشاآت دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثناء مخرج للكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون فى معنى الشرط ألا ترى أن موسى عليه الصلاة والسلام لم يعاتب على ترك الصبر ولو لم يخرج لعوتب لان الوعد من الانبياء عليهم الصلاة والسلام كالعهد من غيرهم والاقرار لا يكون الا بكلام هو عزيمة وهذا يشير الى ما قال فى المحيط وشرط فى المختصر أن يكون موصولا لانه لو كان مفصولا لا يؤثر خلافا لابن عباس هو استدل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال والله لأغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا هو مغير والمغير لا يصح الا متصلا كالشرط واستثناء النبى عليه الصلاة والسلام كان لامتثال أمر الله تعالى بقدر الامكان لا لمنع الانعقاد وقد ذكرنا فى كتاب الطلاق هل هذا الاستثناء تعليق بشرط لا يعلم وجوده أو ابطال وذكرنا الخلاف فيه بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فلا نعيده قال رحمه الله (ولو استثنى البناء من الدار

فهو للمقر له) لان البناء دخل في الاقرار تبعا لا مقصودا فصار وصفا والاستثناء تصرف لفظي فلا يصح الا من الملفوظ ولكون البناء وصفا لا يسقط باستحقاقه قبل القبض شيء من الثمن وانما يثبت للمشترى الخيار كفوات سائر الأوصاف بخلاف ما اذا قال الا ثلثها أو الا بيتا منها لان أجزاء الدار داخلة تحت لفظ الدار فيصح استثناؤها ولهذا لو استحق هذا الجزء أو فات قبل القبض يسقط بحصته من الثمن والطوق في الجارية والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار قال رحمه الله (وان قال بناؤها لي والعرصة لفلان فهو كما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة الارض بأن قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان حيث يكون له البناء أيضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل واحد منهما ما أقر له به لانه لما أقر بالبناء لزيد صار ملكا له فلا يخرج عن ملكه باقراره لعمرو بالارض اذ لا يصدق قوله في حق غيره بخلاف المسئلة الأولى لان البناء على ملكه فاذا أقر بالارض لغيره يتبعها لان اقراره مقبول في حق نفسه ولو قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لي أو لفلان كان الكل للاول لانه لما أقر بالارض له ملك البناء تبعا فلا يقبل قوله بعد ذلك انه لغيره ولو قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان فلكل واحد منهما ما أقر له به لقيام ملكه عند الاقرار لهما فينفذ وتخريج جنس هذه المسائل مبني على أن دعواه لنفسه لا تمنع صحة الاقرار به لغيره وان اقراره لا يقبل في حق غيره قال رحمه الله (ولو قال على ألف من ثمن عبد لم أقبضه فان عين العبد وسلمه اليه لزمه الالف والا فلا) أي ان عين

الاقرار في الدار من حيث يطأ ولو أقر فقال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فانه لا يصح هذا الاستثناء وتكون الارض مع البناء للمقر فرق بين هذا وبين ما اذا أقر فقال هذه الدار لفلان الا هذا البيت كان الاستثناء صحيحا وكان ما عدا البيت للمقر له ووجه الفرق بينهما هو أن البناء انما دخل تحت الاقرار تبعا من حيث انه مركب لا مقصودا كما دخل البناء تحت بيع الدار تبعا لا مقصودا حتى اذا احترق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن ولكن يتخير المشترى فدل أن البناء انما دخل تحت الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا ولا يجوز استثناء ما دخل تحت الاقرار تبعا كما لو أقر بالعبد واستثنى يده أو رجله أو صفة من أوصافه لم يصح لانه دخل تحت الاقرار تبعا فلم يصح استثناؤه وهذا لأن الاستثناء استخراج للمستثنى مقصودا من اللفظ فلا يجوز اضافته الى ما دخل تحت الاقرار تبعا كالاقالة لا يجوز اضافتها الى ما دخل تحت البيع تبعا لانه فسخ للبيع مقصودا واذا لم يصح الاستثناء صار كأنه لم يستثن ولو لم يستثن البناء كان البناء والارض للمقر فكذلك هذا بخلاف البيت فانه دخل تحت الاقرار مقصودا كما في البيع يدخل تحت البيع مقصودا حتى لو استحق البيت سقط حصته من الثمن واستثناء ما دخل تحت الاقرار مقصودا صحيح واذا صح الاستثناء جعل مقرا له بما وراء البيت وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الا نخله بغير أصوله فانه لي فانه لا يصح الاستثناء لان النخل انما دخل تحت الاقرار بالبستان تبعا لا مقصودا كما في البيع وكان كالبناء من هذا الوجه واستثناء البناء لا يصح فكذلك هذا بخلاف ما لو استثنى نخله بأصوله لان الاصل دخل تحت الاقرار (١٧) مقصودا لا تبعا فكان كالبيت وكذلك لو قال هذه الجبة لفلان الا بطانتها لان البطانة دخلت تحت الاقرار بالجبة تبعا لا مقصودا كما في البيع تدخل البطانة تحت بيع الجبة من غير ذكر تبعا فكانت كالبناء قال خواهرزاده وقد ذكر في السير الكبير أن الامام اذا نفل فقال من أصاب جبة خز فهي له فأصاب جبة خز كان له الظهارة دون البطانة فلم تجعل البطانة في التنفيل تبعا للجبة واعتبرها هنا تبعا للظهارة حتى لم يصح الاستثناء وتأويل ذلك أن ما قال في

(٣ - زيلعي خامس) السير الكبير محمول على جبة خز بطانتها مثل ظهارتها في النفاسة فلا تكون البطانة تبعا للظهارة فكانتا بمنزلة جبتين وما ذكرها هنا محمول على جبة بطانتها في النفاسة دون الظهارة فتكون تبعا للظهارة ولا تكون بمعنى جبتين حتى لو كانت البطانة مثل الظهارة في النفاسة بان كانت جبة خز ظهارتها وبطانتها من خز أو من غير خز لكنها في النفاسة مثلها يصح استثناء البطانة لان كل واحد منهما يكون داخلا تحت الاقرار مقصودا لا تبعا فيصح استثناء أحدهما من الآخر حينئذ قال وكذلك لو قال هذا السيف لفلان الا حليته فانه لي فانه لا يصح الاستثناء لان الحلية دخلت تحت الاقرار بالسيف تبعا في البيع ولهذا لا يسقط بفواته قبل القبض شيء من الثمن فكانت بمنزلة البناء من هذا الوجه اه (قوله والنخلة في البستان نظير البناء في الدار) يعني كما لم يصح استثناء البناء لا يصح استثناء الفص والنخلة لانه داخل تحت الصدر تبعا لا لفظا اه اتقاني قوله تبعا أي للمقر له اه (قوله في المتن وان قال) ليس في خط الشارح اه (قوله لان العرصة عبارة عن البقعة) قال الاتقاني لان العرصة في اللغة عبارة عن كل بقعة ليس فيها بناء اه (قوله لان الارض الخ) قال الاتقاني لان الارض عبارة عن الاصل فيكون الاقرار بالاصل اقرارا بالتبع قال الحاكم في الكافي ولو بدأ فقال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان ولو قال هذه الارض لفلان كانت الارض والبناء لفلان اه (قوله ولو قال بناء هذه الدار) هذه المسئلة تقدم ذكرها بقوله بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو والظاهر أنه انما أعادها ليقابل بها ما ذكره قبلها من قوله ولو قال أرض هذه الخ اه قارئ الهداية (قوله في المتن والا فلا) أي وان لم يسلم المقر له العبد لا يلزم المقر الالف وأما اذا لم يعين المقر العبد فكذلك

يأتى بعد هذه المقالة متناوشرحا اهـ (قوله وانما بعتك عبدا آخر وسلمته اليك) أى ولى عليك ألف درهم ثمنه اهـ (قوله والحكم فيه كالاول) أى أنه يلزمه ألف درهم اهـ (قوله فقال المقر له هى الخ) اعلم أنه اذا أقر أن لفلان عليه ألف درهم من ثمن هذا العبد فلا يخلو إما أن يكون العبد فى يد المقر أو فى يد المقر له أو فى يد ثالث فان كان فى يد المقر فان صدقه الطالب فيما أقر لزمه ألف درهم لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد فى يده كان عليه ألف درهم فكذلك هذا فأما اذا قال الطالب العبد عبدى وانما بعتك عبدا غيره وأخذ العبد منه فانه لا يلزمه شئ لانهما لم يتصادقا على الوجوب فان المقر انما أقر له بألف درهم بدلا عن هذا العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم المقر له بدله فاما اذا قال العبد عبدك وانما بعتك عبدا غيره ولى عليك ألف درهم ثمنه فانه يلزمه ألف درهم لانهما اختلفا فى الجهة التى وجب الالف وانفقا على الوجوب أما الطالب فلأنه ادّعى وجوب ألف درهم بسبب بيع عبد آخر اشترى منه وقبضه وهو قد أقر بالوجوب بدلا عن هذا العبد وقد سلم له العبد فقد تصادقا على الوجوب واختلفا فى جهة الوجوب وفى مثل هذا يقضى بألف درهم كما لو أقر فقال على ألف درهم لفلان من غصب وقال الآخر لا من قرض وان كان العبد فى يد المقر له ان صدقه المقر له فيما أقر به فانه يسلم الثمن ويأخذ العبد لان بيع هذا العبد ثبت بتصادقهما فصار كالثابت معاينة ولو عاينا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد فى يد البائع فقال للشترى انقد الثمن وخذ العبد صح فكذلك هذا فاما اذا قال العبد عبدك ولى عليك ألف درهم من ثمن عبد آخر قبضته منى فانه يلزمه ألف درهم لانهما تصادقا على الوجوب واختلفا فى جهة الوجوب والاختلاف فى الجهة لا يمنع الوجوب متى تصادقا على الوجوب وهذا لانه لا عبرة باختلاف الطريق اذا وقع الاتفاق على الحكم وان قال لم أبعك هذا العبد والعبد عبدى وانما بعتك عبدا آخر وقبضته منى لا يلزمه الالف لانهما لم يتصادقا على الوجوب لان المقر ما أقر بوجوب الالف مطلقا وانما أقر بدلا عن العبد ولم يسلم له العبد فلا يكون مقرا بالوجوب فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فيسلم العبد للمقر له ويبطل المال لان الطالب يدعى عليه تسليم الثمن ببيع غير هذا العبد وهو ينكر والمقر يدعى تسليم هذا العبد وهو ينكر فيتحالفان فلو كان العبد فى يد ثالث ان صدقه المقر له وأمكنه تسليمه لزمه المال والا فلا اهـ اتقانى رحمه الله (قوله وهو يوجب التحالف) أى فاذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو فى يده اهـ كى (قوله فى المتن وان لم يعين لزمه الالف) قال الاتقانى قال فى التقريب فى تعليل أبى حنيفة ان اقراره يقتضى ثبوت المال فى ذمته واضافته الى مبيع غير معين يقتضى اسقاطه فلم يصدق فى الرجوع عن الاقرار ولانه لا يخلو إما ان يدعى جهالة المبيع حالة العقد فلا يستحق عليك ثمنه أو يدعى أنه كان معلوما ثم جهل وهذا يوجب فساد البيع وسقوط الثمن ألا ترى أن من اشترى عبدا فاختلط بغيره فسد البيع ومن اعترف بدين ثم ادّعى سقوطه لم يقبل وليس كذلك المبيع المعين لان ثمنه يجوز أن يلزمه فقد أضاف الدين الى جهة يجوز ثبوته منها اهـ (قوله بيانه أن الثمن الخ) أى بيان أنه يؤدّى الى تأخير الثمن أبدا اهـ

المقر العبد وسلمه المقر له الى المقر لزم المشترى الثمن بهذا القيد لانه أقر له بألف على صفة فيلزمه على الصفة التى أقر بها وهذه المسئلة على وجوه أحدها ماذكرنا وهو ما اذا صدقه وسلمه اليه وحكمه ماذكرنا لان ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثانى أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا آخر وسلمته اليك والحكم فيه كالاول لانهما انفقا على ما أقر به من أن كل واحد منهما يستحق ما أقر به غير انهما اختلفا فى سبب الاستحقاق ولا يبالى باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم فصار كما اذا أقر له بغصب ألف درهم فقال المقر له هى قرض فانه يؤمر بالدفع اليه لاتفاقهما على الاستحقاق والثالث أن يقول العبد عبدى ما بعتكه وحكمه أن لا يلزم المقر شئ لما ذكرنا انه أقر له على صفة وهى سلامة العبد له فلا يلزمه بدونها والرابع أن يقول المقر له لم أبعك هذا العبد وانما بعتك عبدا آخر فحكمه أن يتحالفا لانهما اختلفا فى المبيع وهو يوجب التحالف قال رحمه الله (وان لم يعين لزمه الالف كقوله من ثمن خمر أو خنزير) أى وان لم يعين المقر العبد لزمه الالف كما اذا أقر بألف من ثمن خمر فانه يلزمه الالف ولم يقبل قوله انه لم يقبض المبيع ولا تفسيره بثمن الخمر وصل أم فصل وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق فى المسئلتين فلا يلزمه شئ وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد أو خمر لانه أقر له بالمال وبين سببه وهو غير صالح لان ثمن عبد مجهول لا يجب سواء كانت الجهالة عند العقد أو بعده بالاختلاط بأمثاله لانه يفسد به العقد أو يهلك به المبيع قبل القبض فلا يجب به الثمن وكذا ثمن الخمر لا يجب وصدر كلامه يقتضى الوجوب فصار بيانا مغيرا كالاستثناء والشرط والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولابى حنيفة رحمه الله ان صدر كلامه لما كان للوجوب فاتيانه فى آخره بما ينافى الوجوب رجوع عنه فلا يصح موصولا كان أو مفصولا ولان المقر لو ادّعى تأخير الثمن الى شهر لا يقبل اقراره فى التأجيل ويجب عليه حالا ففى اضافة البيع الى المجهول وانه يؤدّى الى التأخير أبدا كان أولى بيانه أن الثمن لا يجب تسليمه الا بعد احضار البائع المبيع فلو أحضر البائع عبدا ليسلمه اليه فللمشترى أن يقول المبيع غير هذا وكذا فى الثانى والثالث الى ما لا يتناهى فلا يصل البائع

البائع الى قبض الثمن أبدا فكان باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع معينا لانه لا يتأتى فيه ذلك فلا يؤدى الى البطلان فيلزمه على الوجه الذى أقر به على ما بيناه هذا اذا كذبه المقر له وان صدقه فى السبب بأن قال بعتكه فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا أقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع وعندهما القول قول المقر انه لم يقبض المبيع فصل أم وصل لان البيع لما ثبت بتصادقهما بقى أمر القبض مجملا لانه لم يقر بقبض المبيع نصا ولا اقتضاء لان الاقرار بوجوب الثمن لا يكون اقرارا بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فصار كما اذا عين المبيع بخلاف ما اذا لم يصدقه فى السبب حيث لا يصح مفصولا لانه تغيير على ما بينا فلا يصح مفصولا وهنا لا تغيير فيه لتصادقهما فى السبب فصار من باب المجملات فيصح بيانه مفصولا وموصولا ولو قال انى اشتريت منه مبيعا الا أنى لم أقبضه كان القول قوله بالاجماع لانه لم يقر بوجوب الثمن عليه وانما أقر بوجود الشراء منه وبمجرد العقد لا يجب الثمن لانه اذا اشتراه بشرط الخيار لا يجب عليه الثمن وانما يجب بالقبض فلا يكون الاقرار بالعقد اقرارا بالقبض فلا يجب بخلاف ما تقدم عند أبى حنيفة رحمه الله مطلقا وعندهما اذا فصل البيان لانه قد أقر هناك بالوجوب فلا يسقط بآخر كلامه على اختلافهم على ما بينا ولو قال لفلان على ألف درهم حرام أو ربا فهى لازمة له لاحتمال أن يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال لفلان على ألف درهم زورا أو باطلا ان صدقه المقر له فلا شئ عليه وان كذبه لزمه ولو أقر أنه باع عبده هذا من فلان وادعى أنه لم يقبض الثمن وجحده كان له ذلك لان العبد فى يده فالظاهر أنه ملكه فاذا أقر به لغيره نفذ على الوجه الذى أقر به وكان القول له اذا أنكر المقر له قال رحمه الله (ولو قال من ثمن متاع أو أقرضنى وهى زيوف أو نبهرجة لزمه الجياد بخلاف الغصب والوديعة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان وصل صدق وان فصل لا يصدق وقال فى الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هى ستوقة أو رصاص وذكر فى النهاية لابى يوسف فيهما روايتين وعزاه الى الجامع الصغير لقاضيخان لهما أنه تفسير مغير فيصح بشرط الوصل وهذا لان اسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف بحقيقته حتى لو تجوز بالزيوف فى الصرف والسلم جاز والستوقة بمجازه الا أن مطلقه ينصرف الى الجياد لان التعامل يقع بها والاذهان تسبق اليها فكان تغيرا للأصل من هذا الوجه فيصح بشرط الوصل كما اذا قال الا أنها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة ولابى حنيفة رحمه الله أن هذه الاشياء عيب والعقد يقتضى السلامة عنه ودعواها رجوع عن مقتضى ما أقر به فلا يصح فصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشترى لا بل سليما فالقول له لما ذكرنا والستوقة والرصاص ليسا من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا بخلاف قوله الا أنها وزن خمسة لانه استثنى القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل وبخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه الا أنها رديئة حيث يقبل موصولا ومفصولا لان الرداءة نوع لا عيب فطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها بخلاف الجودة لان العقد يقتضيها ولا يصح

(قوله هذا اذا كذبه المقر له) أى فى السبب بأن قال لى عليك ألف لكنها ليست من ثمن مبيع اه (قوله وانما يجب بالقبض) أى فى مسئلة الكتاب أما فى الشراء بشرط الخيار لا يجب الثمن وان قبض أيضا ما لم يسقط الخيار ومعنى قوله وانما يجب بالقبض أى انما تأكد الوجوب والا فالثمن فى البيع البات يجب بنفس الشراء اه كاكى وكتب على قوله وانما يجب بالقبض ما نصه كان ينبغى أن يقول وانما يجب بالبيع البات اه من خط قارئ الهداية ﴿فرع﴾ قال شيخ الاسلام علاء الدين فى شرح الكافى ولو قال على ألف درهم من ثمن خمر ووصل لم يصدق فى قياس قول أبى حنيفة ويصدق فى قول أبى يوسف ومحمد هما مرا على أصلهما أن هذا بيان مغير وأبو حنيفة يقول لما قال على فقد وصف بالوجوب فاذا قال من ثمن خمر فقد ناقض لان ثمن الخمر لا يتصف بالوجوب عليه كذا فى شرح الكافى ولكن هذا فيما اذا كذبه الطالب أما اذا صدقه فى ذلك لا يلزمه شئ فى قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن حر أو ميتة أو دم وبه صرح شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه فى باب الاقرار بدين من ثمن متاع ونقل فى الاجناس عن كتاب اقرار الاصل رواية هشام لو قال لفلان على ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير وهما مسلمان وقال الطالب بل هو من ثمن بر فالمال لازم للطلوب فى قول أبى حنيفة مع يمين الطالب وقال أبو يوسف القول قول المطلوب مع يمينه ولا شئ عليه ألا ترى أنه لو قال على درهم ثمن ميتة أو رطل خمر كان باطلا ثم قال فى الاجناس ذكر فى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة لو قال لفلان على ألف درهم حرام أو باطل لزمه فى قول أبى حنيفة اه اتقانى (قوله فى المتن أو نبهرجة) أى وقال المقر له جياد اه (قوله وقالا ان وصل صدق) أى ولزمه ما أقر به اه (قوله أو رصاص) يعنى عند أبى حنيفة لا يصدق وصل أم فصل فيلزمه الجياد وعندهما يصدق ان وصل وهذا فى غير الغصب وأما فى الغصب فسيأتى الحكم فيه فى الشارح آخر هذه الصفحة اه (قوله فيهما روايتين) أى فى رواية مع أبى حنيفة وفى رواية مع محمد اه (قوله فطلق العقد الخ) قال شمس الائمة السرخسى فى أصوله فى فصل بيان التغيير والتبديل الرداءة ليست بعيب فى الحنطة فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والرداءة فى الحنطة تكون بأصل الخلقة فيكون هذا بيان النوع لا بيان العيب فيصح موصولا كان أو مفصولا وقال فى كتاب التقريب اذا قال له على عشرة أفلس من

استثناؤها على ما بينا في استثناء البناء بخلاف ما اذا أقر بغصب ألف درهم أو بالوديعة حيث يقبل قوله في هذه الاشياء لان الغصب لا يقتضي السلامة لان الانسان يغصب ما يصادف و يودع ما عنده فلا يقتضي السلامة فيقبل قوله الا انه في الزيوف والنبهرجة يقبل قوله مطلقا مفصولا وموصولا لانهما نوع من الدراهم وفيه يقبل مفصولا ولان الاختلاف اذا وقع في المقبوض كان القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وفي الستوقة لا يصدق الا موصولا لانها ليست من جنس الدراهم وانما يتناولها الاسم مجازا فكان من باب التغيير فلا يصح مفصولا وعن أبي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف ان وصل لان القرض يتم بالقبض فأشبه الغصب والوديعة والظاهر هو الاول لانه يجب بالتعامل فأشبه ما يجب بالبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قال غصبت ألفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض لان كلا منهما مضمون عليه بالقبض ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر السبب قيل يصدق اجماعا اذا وصل لانه لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودة به وقيل هو على الخلاف لان مطلق الوجوب يحمل على انه وجب عليه بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف قال رحمه الله (ولو قال الا أنه ينقص كذا متصلا صدق والا فلا) لانه استثنى القدر فيكون تغييرا فيصح موصولا لا مفصولا على ما بينا غير مرة ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال فعن أبي يوسف أنه يصح اذا وصله به وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فلو لم يجعل عذرا يكون عليهم حرج وعليه الفتوى قال رحمه الله (ومن أقر بغصب ثوب وجاء بمعيب صدق) لان الغصب لا يختص بالسليم كالوديعة على ما بيناه قال رحمه الله (وان قال أخذت منك ألفا وديعة وهلكت وقال أخذتها غصبا فهو ضامن) لانه

ثمن مبيع ثم قال هي كاسدة لم يصدق عند أبي حنيفة وان وصل لان كساد الفلوس عيب فيها فصار كالزيوف وروى عن أبي يوسف مثله وفرق بين الكاسدة والزيوف لانه اذا ادعى الكساد فقد ادعى فساد المعقود عليه ثم رجع وقال يصدق اذا وصل وهو قول محمد لان استثناء الصفة كاستثناء القدر اهـ اتقاني (قوله لان الغصب لا يقتضي السلامة) أي عن العيب عرفا لان كلا منهما كما يرد في الجياد يرد في الزيوف فكان ذلك بيان النوع فصح موصولا ومفصولا فصار كما اذا ادعى بالغصب والوديعة بان غصب ثوبا أو كان عنده وديعة فجاء به وهو معيب خلق فقال كان ذلك يوم الغصب أو الوديعة كان القول قوله فكذا هذا وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر والحسن بن زياد ان قال موصولا يقبل قوله وان قال مفصولا لا يقبل قوله اهـ اتقاني (قوله وفي الستوقة الخ) قال في الهداية ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق قال الاتقاني قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة أو رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا بين أنه أراد باللفظ المجاز (٣٠) موصولا قبل والا فلا اهـ وكتب على قوله وفي الستوقة ما نصه عطف على قوله في الزيوف والنبهرجة اهـ (قوله يصدق في الزيوف ان وصل) يعني اذا قال لفلان على ألف درهم قرض هي زيوف يصدق اذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض أما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدق باتفاق الروايات وذلك لان القرض يقضى بالمثل فربما يكون المقبوض زيفا فيصدق فيما اذا وصل كما في الغصب وأراد بالاصول الجامعين والزيادات والمبسوط وهي ظاهر الرواية وغيرها غير ظاهر الرواية كالامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات اهـ اتقاني (قوله ولم يذكر السبب) أي كالبيع والقرض اهـ (قوله يصدق اجماعا) قال الاتقاني لان اسم الدراهم يتناولها أي يتناول الزيوف قال في الفتاوى الصغرى ولو أقر وأرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا يجب مع الاحتمال الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى والذي قال على الاختلاف هو الكرخي كذا ذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير فمن هذا عرفت قوله في المتن وقيل لا يصدق أي لا يصدق على مذهب أبي حنيفة وصل أم فصل وعندهما يصدق اذا وصل لانه بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وعند أبي حنيفة لا يصدق لانه رجوع عما أقر به وذلك لان الاقرار الصادر منه مطلقا ينصرف الى العقود كالقرض وثمن المبيع لانها هي المشروعة والحكم في القرض والبيع هذا عنده ولا ينصرف الى الغصب حتى يجعل مصدقا في دعوى الغصب لانه حرام فلا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن ولا يقال يمكن أن ينصرف اقراره الى الوديعة فيصدق في دعوى الزيافة كما في الغصب لانا نقول قوله على ألف درهم ينفي الوديعة لانها ليست في الذمة اهـ ما قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وعليه الفتوى) عزاه الاتقاني الى شرح الجامع الصغير لقاضيخان اهـ (قوله وعليه الفتوى) مكرر اهـ (قوله كالوديعة) فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أو فصل اهـ اتقاني

أقر بسبب الضمان وهو الاخذ لان أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكره فكان القول قوله مع يمينه ووجب الضمان على المقر باقراره بسبب الضمان الا أن ينكل الخصم عن اليمين وهذا بخلاف ما اذا قال له بل أخذتها قرضا حيث يكون القول قول المقر لانهما تصادقا على أن الاخذ حصل باذنه والاخذ باذن المالك لا يكون سببا لوجوب الضمان على الآخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعى عليه العقد وذاك ينكر فكان القول قول المنكر وعلى هذا اذا أقر بأخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل أخذته بيعا كان القول قول المقر لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو قال أعطيتنيها وديعة وقال غصبتنيها لا) أى لو قال المقر أعطيتنى ألف درهم وديعة فهلكت وقال المالك لا بل غصبتها منى لا يضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان بل أقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر والاقرار بالقبض كالاقرار بالاخذ فيوجب الضمان والاقرار بالدفع كالاقرار بالاعطاء فلا يوجب الضمان فان قيل اعطاؤه والدفع لا يكون الا بقبضه فوجب أن يكون اقرارا بالقبض قلنا قد يكون هو بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له لانه ثابت ضرورة فيتقدر بقدر الضرورة فلا يظهر فى حق انعقاده سببا للضمان لانه عدم فى حق غيره قال رحمه الله (وان قال هذا كان وديعة لى عندك فأخذته فقال هو لى أخذه) لان المقر أقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان على ما بينا وادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد العين ان كان قائما والا فقيمته وكذا لو قال أقرضتك ألف درهم ثم أخذتها منك يجب على المقر دفعها اليه لما ذكرنا قال رحمه الله (وان قال آجرت بعيرى أو ثوبى هذا فلانا فركبه أو لبسه فرده فالقول للمقر) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول من أخذ منه البعير والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة أو الاسكان ثم أخذه منهم وجه القياس أنه أقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه فيجب عليه الرد كما فى فصل الوديعة والقرض على ما مر ووجه الاستحسان أن اليد فى الاجارة والاعارة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون اقرارا

(قوله فكان القول قوله) أى القول قول المقر له مع يمينه اه (قوله الا أن ينكل الخصم) أى الا أن ينكل المقر له عن اليمين فحينئذ لا ضمان على المقر اه (قوله وهذا بخلاف ما اذا قال) أى المقر له اه (قوله له) أى للمقر اه (قوله حيث يكون القول قول المقر) أى وكذا فى البيع مكان القرض يكون القول قول المقر مع يمينه بلا خلاف اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله وقال المقر له بل أخذته بيعا) فى الخلاصة أخذت منك هذا الثوب عارية وقال صاحبه بل أخذته بيعا فالقول قول المقر وهذا اذا لم يلبسه أما اذا لبس وهلك يضمن اه (قوله لا يضمن المقر) قال الاتقانى لانه ما أقر بالفعل من نفسه حيث أضاف الفعل الى المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان الا أن ينكل عن اليمين فحينئذ يضمن كذا قال الامام الزاهد العتابى فى شرح الجامع الصغير أما اذا لم يذكر المقر لفظ الاخذ وقال أودعتنى ألف درهم أو قال دفعت الى ألف درهم فضاعت وقال الطالب غصبتنى وأنت ضامن فالقول قول المقر مع يمينه ولا ضمان عليه لانه لم يقر بسبب الضمان ذكره خواهرزاده فى مبسوطه فى باب الاقرار بالوديعة اه (٣١) (قوله كالاقرار بالاخذ) يعنى لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كان ضامنا كما اذا قال أخذتها وديعة اه اتقانى (قوله قلنا قد يكون هو) أى الدفع والاعطاء اه (قوله بالتخلية والوضع بين يديه) أى بدون قبضه فلا يكون مقرا بالقبض اه اتقانى (قوله فلا تقبل دعواه) أى دعواه الايداع الا بحجة اه اتقانى (قوله فوجب عليه رد العين) أى على المأخوذ منه اه (قوله فى المتن فرده) فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لى اه اتقانى (قوله وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة) أى بأن قال أعرت دابتى هذه فلانا فركبها وردها أو قال أعرت ثوبى هذا فلانا فلبسه ورده اه (قوله أو الاسكان) بأن قال أسكنت فلانا بيتى هذا ثم أخرجته فادعى الساكن أنه له فالقول لصاحب البيت عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الساكن بعدما يحلف أنه ما أسكنه اه اتقانى (قوله وجه القياس أنه) أى المقر اه (قوله أقر باليد له) أى للمقر له اه (قوله فيجب عليه الرد) أى على المقر له اه (قوله وجه الاستحسان أن اليد فى الاجارة والاعارة تثبت الخ) قال الاتقانى واستحسن أبو حنيفة الفرق بين مسئلة الوديعة حيث جعل فيها القول قول المقر له وبين مسئلة الاعارة والاجارة حيث جعل القول قول المقر وذكر القمى الفرق بينهما فقال ان فى مسئلة الوديعة قال أخذتها منه فوجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وفى مسئلة العارية قال فردها على فافترقا لافتراقهما فى الوضع قالوا فى شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشئ لانه ذكر الاخذ فى كتاب الاقرار وكذلك ذكر عن أبى يوسف ومحمد فقال بأخذها الذى أقر أنه أخذها منه ولانه أقر له باليد مع ذلك وانما الفرق من وجهين أحدهما أن الشارع أحسن فى اطلاق العوارى والاجارات رفقا بالناس وقضاء لحوائجهم مع أن المنافع معدومة وكل قياس يرجع الى نقض هذا الاستحسان فهو باطل مثل قياس من علل بعدم المنافع لابطال هذه العقود واذا كان اطلاق العوارى والاجارات ارفاق الناس فلو لم يقبل قول المقر بعد ذلك لامتنع الناس عن العارية والاجارة

وذهب مرافق الناس لان الانسان اذا عرف أنه اذا أعار أو آجر ثم ردّ عليه تصير القول قول المستعير والمستأجر امتنع عن الاجارة والاعارة خوفا من ذهاب ماله فاذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا تختل حوائج الناس فهذا وجه مرجعه الى الاجماع والوجه الثانى وهو الوجه الفقهى أن اليد فى العارية والاجارة ليست بمقصودة بل هى ضرورية تثبت ضرورة الانتفاع بالعين فلا تظهر فيما وراء الانتفاع فلا يظهر اذن اقراره باليد لغيره ثم دعواه لنفسه فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه بخلاف الوديعة لان اليد فى الايداع مقصودة لان المقصود هو الحفظ ولا يكون الحفظ بدون اليد فاذا كانت اليد مقصودة فى الوديعة كان اقرارا بأن العين كانت فى يده والاقرار باليد اقرار بالملك وبهذا الوجه علل الشيخ أبو منصور الماتريدى فى شرح الجامع الصغير حيث قال اليد فى الايداع مقصودة دون الاعارة اهـ (قوله لانه ذكر الاخذ فى الطرف الآخر) أى وهى الاجارة والاسكان والاعارة اهـ (قوله وعزاه الى الاسرار) لم يعزه الى الاسرار وانما عزاه الى المبسوط والايضاح اهـ (قوله وقال فلان الثوب ثوبى) أعرتكه اهـ اتقانى وكذلك الثوب يسلم الى الصباغ على هذا الخلاف وان قال رب الثوب خاط لى قميصى هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يرد الثوب على الخياط فى قولهم لانه لم يعترف للخياط باليد لجواز أن يكون خاطه فى منزله اهـ اتقانى (٣٣) (قوله والوجه ما بيناه) أى فى الوديعة وهو قوله ان المقر أقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق

باليد لهما مقصودا فلا يظهر فى حق الاستحقاق على المقر بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد ولان المقر فى الاجارة والاعارة أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله فى كيفيتها ولم يقر بذلك فى مسئلة الوديعة والقرض فانه قال كان وديعة وقد يكون من غير صنعه بأن يهب فيه الهواء ويلقيه فى داره حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى الوديعة ونحوها وعدم ذكر الاخذ فى الاجارة ونحوها خلافا لما توهمه على القمى فانه جعل مدار الفرق ذلك وهذا لا يستقيم لانه ذكر الاخذ فى الطرف الآخر أيضا فى الاقرار وذكر فى النهاية انما الاختلاف بينهم اذا لم تكن الدابة معروفة للمقر ولو كانت معروفة له كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى الاسرار ولو قال هذا الثوب خاطه لى بنصف درهم فلان ثم قبضته منه وقال فلان الثوب ثوبى فهو على هذا الخلاف فى الصحيح والوجه ما بيناه خلافا لما توهمه بعضهم فانهم قالوا القول قول المقر بالاجماع وليس بشئ ولو قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه وأنكر المقر له كان القول قوله فلان أن يأخذها منه وهذا أظهر لان القابض قد أقر بانه ملكه وانه أخذه منه اقتضاء لحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بأمثالها فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف دعوى الاجارة وأشباهها لانه لم يقر فيها بالملك ولا باليد له مقصودا ولا وجد ما يدل منه على الاقرار بوجوب ضمان المقبوض فوضح الفرق ولانا لو أخذنا الناس فى الاعارة والاجارة باقرارهم لامتنعوا منهما وكان عليهم حرج بين والحاجة ماسة اليهما فلا يؤاخذون به استحسانا دفعا للحرج ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله فى يد المقر وقال المقر له الملك ملكى وفعلت ذلك لنفسى وقال المقر لا بل استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر كان القول للمقر لانه لم يقر له باليد لا صريحا ولا اقتضاء وانما أقر

عليه فوجب عليه الرد كما فى الوديعة الخ اهـ (قوله وليس بشئ) وفى الغاية وذلك ليس بصحيح لانه ليس بثابت فى الاصول اهـ وقال الكاكى ولكن مشايخنا قالوا هو على الاختلاف أيضا اليه أشير فى المبسوط اهـ (قوله ولو قال اقتضيت من فلان ألف درهم الخ) قال فى الهداية وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لى عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله قال الاتقانى أى قول المقر له أى هذا الذى ذكرنا فى الاعارة والاجارة والاسكان بان القول قول المقر عند أبى حنيفة بخلاف ما اذا قال اقتضيت أو قال أقرضت وأخذت حيث يكون القول قول المقر له قال

بمجرد

ووجه الفرق ان الدين يقضى بالمثل فاذا أقر باقتضاء الدين وأخذ القرض كان مقرا بأخذ مثل حقه والمثل ملك المقر له فى الاصل فيكون مقرا به له فيرد على المقر له أما فى صورة الاعارة والاجارة والاسكان فالمقبوض عين ما ادعى فيه هذه الاشياء فلا يكون مقرا بالملك للمقر له قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى فى باب بعد باب الاقرار بالجناية واذا أقر الرجل أنه اقتضى من فلان ألف درهم فقال فلان ما كان لك على شئ ولكنك أخذتها منى ظلما فان المقر يؤخذ بردها عليه بعد أن يحلف أنه لم يكن عليه لانه أقر بأخذ مال الغير ومطلق الاخذ سبب لوجوب الضمان وقد ادعى جهة مانعة من التمكين فلا يصدق الا بحجة وكذلك لو ادعاها هبة أو صدقة أو وديعة لانه ادعى جهة مانعة من الضمان فلا يصدق أو قال قبضتها وكالة من فلان كانت له عليك أو وهبتها له فأمرنى فقبضتها ودفعتها اليه كان ضامنا للمال لانه أقر بالقبض ولم تثبت الجهة التى ادعاها اهـ (قوله لامتنعوا منهما) أى لان الانسان اذا عرف أنه اذا أعار شيأ أو آجره ثم ردّ عليه يصير القول قول المستعير والمستأجر امتنع الناس عن الاجارة والاعارة خوفا من ذهاب ماله فاذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا تختل حوائج الناس اهـ اتقانى (قوله لا بل استعنت بك) أى على الزراعة أو البناء أو الغرس اهـ اتقانى

بمجرد فعل منه وذلك ممكن من غير ثبوت يده فيه بأن يفعله وهو فى يد صاحبه بل جرت العادة بذلك فلا يقبل دعواه فصار كما اذا قال خاط لى هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته منه فانه لم يكن اقرارا له باليد لتصوّر فعله فى يد المقر وفى بيته بخلاف ما اذا أقر له بالسكنى فى داره لان السكنى لا تكون الا باليد فيكون الاقرار له به اقرارا له باليد ولو أقر أن هذا اللبن أو هذا السمن أو هذا الجبن من بقرة فلان أو هذا الصوف من غنمه أو هذا التمر من نخله وادّعى فلان أنه له أمر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشئ اقرار بما تولد منه لانه بملك بملك الاصل قال رحمه الله (ولو قال هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاول وعلى المقر مثله للثانى) لانه لما أقر به للاول صح اقراره له وصار ملكا له لثبوت يده وقوله بعد ذلك لا بل وديعة لفلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله فى حق الاول ويجب عليه ضمان مثله للثانى لانه أقر له بها وقد أتلف عليه باقراره بها للاول فيضمن له لانه متعد باقراره للاول فى حقه بخلاف ما اذا قال هى لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثانى لانه لم يقرّ بالايداع منه وانما أقر به للاول ثم رجع وشهد به للثانى فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وفى مسئلة الكتاب أقر بالايداع من الثانى وقد عجز عن ردّ الوديعة بفعله فصار مستهلكا لها فيضمن وعلى هذا لو كان الالف غير معين بأن قال لفلان على ألف لا بل لفلان يلزمه لكل واحد منهما ألف لان رجوعه عن الاول لا يصح واقراره للثانى صحيح فيلزمه لهما ولو كان المقر له واحدا بأن قال لفلان على ألف درهم لا بل ألفان يلزمه أكثرهما استحسانا وهو الالفان والقياس أن يجب عليه المالان وهو ثلاثة آلاف وهو قول زفر رحمه الله لان كلمة لا بل رجوع عن الاول واستدراك غلط بالثانى والرجوع عن الاول لا يصح واقراره بالمالين صحيح فلزماه فصار كما اذا اختلف المقر لهما على ما بينا أو اختلف جنس المالين بأن قال لفلان على ألف درهم لا بل ألف دينار فانه يلزمه المالان بالاجماع لما قلنا فكذا هذا ووجه الاستحسان أنهما اقراران لانه لا يملك الرجوع عن الاول لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له أمكن جعله تكرارا كما اذا أقر له مرتين بأن قال لفلان على ألف درهم ثم قال له على ألفان لذلك الرجل بعينه فانه يجب عليه ألفان فكذا هذا ولا يمكن ذلك عند اختلاف الجنس أو اختلاف المقر له لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكرارا وعند اختلاف المقر له يكون رجوعا عن الاول والاقرار به للثانى فرجوعه لا يصح واقراره صحيح ولو كان ذلك فى الوصف بأن قال على ألف درهم جياد لا بل زيوف أو ألف زيوف لا بل جياد لزمه الجياد استحسانا لانه استدراك الغلط فى الصفة فيلزمه أفضل الصفتين كما يلزمه فى الاستدراك فى الغلط فى المقدار أكثر المالين فى الجنس المتحد لان الارد أداخل فى الاجود كما أن الاقل داخل فى الاكثر ولو قال غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله لانه أقر بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كانت بعينها فهى للاول وعليه للثانى مثلها ولو قال غصبت من فلان ألف درهم وفلانا مائة دينار وفلانا كر حنطة لا بل فلانا فانه يغرم للرابع ما أقر به للثالث لانه استدراك ورجوع عن الاخير فصح اقراره لا رجوعه والله أعلم

﴿ باب اقرار المريض ﴾

قال رحمه الله (دين الصحة وما لزمه فى مرضه بسبب معروف قدّم على ما أقر به فى مرض موته) وقال الشافعى رحمه الله دين الصحة ودين المرض يستويان لانهما استويا فى سبب الوجوب وهو الاقرار وفى محله وهو الذمة اذ هى محل الوجوب فى حالة الصحة والمرض فيستويان فى الوجوب وصحته بصدوره عن عقل ودين لانهما يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف فى الصحة والمرض بل فى حالة المرض يزداد رجحان جهة الصدق لان المرض سبب التورع والانابة فاذا استويا فى سبب الوجوب والمحل استويا فى الاستيفاء ولهذا يستويان اذا كان وجوبه بسبب معروف كالشراء بمثل القيمة وكالتزويج

﴿ باب اقرار المريض ﴾

أخر اقرار المريض إما لان المرض عارض والاصل عدم العارض أولان فى اقرار المريض اختلافا فى بعض الصور كما سيجئ بيانه واقرار الصحيح ليس فيه اختلاف فكان أقوى وبالتقديم أولى اه اتقانى وأفرد اقرار المريض بباب لكثرة أحكامه اه (قوله فى المتن دين الصحة وما لزمه فى مرضه الخ) قال الاتقانى عند قوله فى الهداية واذا أقر الرجل فى مرض موته بديون وعليه ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف بالاسباب مقدم اه وهذا لفظ القدورى فى مختصره وتمامه فيه فاذا قضيت وفضل شئ كان فيما أقر به حالة المرض وهذه الجملة تشتمل على معان ثم قال ومنها أن دين الصحة يقدم على دين المرض عندنا حتى لو أقر من عليه دين فى صحته فى مرضه لاجنبى بدين أو عين مضمونة أو أمانة بأن قال مضاربة أو وديعة أو غصب يقدم دين الصحة ولا يصح اقراره فى حق غرماء الصحة فان فضل شئ من التركة فحينئذ يصرف الى غرماء المرض اه (قوله ولهذا يستويان اذا كان الخ) قال فى المبسوط اذا استقرض مالا فى مرضه وعاين الشهود ودفع المقرض المال الى المستقرض أو اشترى شيأ بألف درهم وعاين الشهود قبض المبيع أو تزوج امرأة بمهر مثلها أو استأجر شيأ بمعاينة الشهود فان هذه الديون تكون مساوية لديون الصحة وذلك لانها وجبت بأسباب معلومة لا مرد لها

عهر المثل ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا كان فيه ابطال حق الغير ألا ترى أنه اذا رهن عينا أو آجره ليس له أن يتصرف فيه لما فيه من ابطال حق الغير وهنا أيضا في اقراره ذلك لان حق أصحاب الديون تعلق بماله استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث بخلاف ما اذا كان سببها معروفا كالنكاح المشاهد وغيره مما ليس من التبرعات كالبيع المشاهد والاتلاف المشاهد لانه لا تهمة فيه وانما التهمة في الاقرار والبيع لا يبطل حقهم أيضا لان حقهم في المالية وهي باقية وفي النكاح ان كان يبطل لكن حقه فيه من الحوائج الاصلية كمأكله وملبسه ومسكنه وثمن الأدوية وأجرة الطبيب ونحو ذلك فيقدم على حق الغرماء بخلاف حالة الصحة حيث ينفذ في حق الغرماء اقراره لان حقهم في ذمته ولم يتعلق بماله ولهذا لم يمنع من التبرعات مطلقا لقدرته على الاكتساب وحالة المرض حالة عجز فيمنع حتى لو أقر بعين في يده لآخر لا يصح في حق غرماء الصحة والمرض بأسباب معلومة ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة لانه لم يبطل حقهم وانما حوله من محل أخرجه عن ملكه الى محل حصل له فصار كالورد عين ما استقرضه الى المقرض أو رد المبيع بعيب وهذا لان اخراجه عن ملكه بما يعادله من العوض لا يعد اخراجا بخلاف ما اذا تزوج امرأة وأعطاها المهر حيث يكون لهم أن يشاركوا المرأة فيما قبضت وكذا اذا استأجر عينا وأوفى أجرتها فانهم يشاركونه لانه أخرج عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به لان المنافع لا يتعلق حقهم بها فصار كأنه قضى حق بعض الغرماء ولهم فيه أن يشاركوه فكذا هذا فان قيل يصح اقراره بوارث آخر وفيه ابطال حق غيره من الورثة لا سيما اذا كان المقر له يحجب غيره فوجب أن يجوز اقراره بالدين وان كان فيه ابطال حق غيره من الغرماء بالمزاحمة أيضا بل أولى لانه أدنى من الحجب قلنا ان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا فيضاف الى الموت ولهذا لو شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعا لم يضمنا شيئا لانه ورث بالموت فأما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار فيمنع من ذلك في حقهم ودين المرض اذا كان سببه غير معروف لا يمنع صحة الاقرار لان أحوال المرض كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر فيستوي فيها السابق واللاحق كما ان أحوال الصحة كلها

ولانه بالقرض والشراء لم يفوت على غرماء الصحة شيئا لانه يزيد في التركة مقدار الدين الذي تعلق بها ومتى لم يتعرض لحقوقهم بالابطال نفذ مطلقا (قوله ولهذا منع) جواب عما قال الشافعي باستواء الحالين يعني لو كان كذلك ينبغي أن لا يمنع من التبرع بالزيادة على الثلث كما في حالة الصحة فيما لم تستغرق الديون جميع ماله ولم يكن عليه دين وفي حق الثلث يمنع أيضا اذا استغرق الدين جميع ماله اه كاكي ﴿فرع﴾ قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو مرض وفي يده ألف درهم لا مال له غيرها وليس عليه دين الصحة فأقر بدين ألف درهم ثم أقر بان الالف التي في يده وديعة لفلان أو مضاربة ثم أقر بدين ألف درهم ثم مات قسمت الالف بينهم أثلاثا لانه لما أقر بالدين أولا فقد تعلق حق الغرماء بالالف التي في يديه فاذا أقر بأنها وديعة فقد أقر بوديعة مستهلكة لانه لا يمكنه التسليم الى المقر له فيكون اقرارا بالدين معنى والكل في حالة المرض فاستوت الديون في التعلق ولو قال صاحب الدين الاول لا حق لي قبل الميت أو قد أبرأته من ديني كانت الالف (٣٤) بين صاحب الوديعة والغريم الآخر نصفين لان البراءة وجدت بعد تعلق الكل فلا تغير الحكم ولا يبطل حق الآخر بابراء الاول ولو لم يبرئه الاول ولكنه أكذبه في الاقرار ورده كانت الالف كلها للمقر له بالوديعة لانه بالاكذاب تبين أنه لا حق له ولا تعلق فيكون الاقرار بالوديعة بعينها سابقا على الاقرار بالدين فيسبقه في التعلق لما بينا كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله كمأكله وملبسه الخ) فان قيل لو تزوج وهو شيخ كبير لا يولد له عادة أو المرأة آيسة أو كان لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء وجواري ينبغي أن لا يشاركن لان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية قلنا النكاح في أصل الوضع من الحوائج والعبرة للاصل لا للعارض وهذه العوارض مما لا يوقف عليها ليبتني الامر عليها اليه آشير في الاسرار اه (قوله بخلاف حالة الصحة الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال ينبغي أن لا يصح اقراره في الصحة بالدين اذا كان عليه دين لما أن الدين تعلق بماله فقال لم يتعلق في حال الصحة بالمال للقدرة على الاكتساب فيتحقق التميز فلم تقع الحاجة الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه أي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب اذ المريض عاجز عن الكسب فتعين ما في يده حق الغرماء اه كاكي (قوله ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض) يعني اذا قضى المريض بعض الديون من ديون الصحة والديون المعروفة الاسباب يرد ذلك ويجعل بين الغرماء بالحصص الا اذا قضى القرض أو أدى ثمن المبيع فيكون المقرض والبائع أحق بذلك فليس لغرماء الصحة وغيرهم شيء من ذلك اه اتقاني (قوله بمنزلة حالة واحدة) جواب سؤال وهو أنه ينبغي اذا أقر في حالة المرض ثانيا أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله اه كاكي

بمنزلة

بمنزلة حالة واحدة فى حق الاطلاق بخلاف حالة الصحة مع حالة المرض لانهما مختلفان صفة من الاطلاق والحجر فيقدم دين الاطلاق على ما أقر به فى حالة الحجر كالعبد المأذون له اذا حجر عليه ثم أقر بما فى يده يقبل اقراره به و يقدم فيه دينه فى حالة الاذن لما ذكرنا فكذا هذا فاذا صح اقراره نفذ من جميع المال والقياس أن لا ينفذ الا من الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق الورثة بالثلثين فكذا اقراره لكن ترك بالاثر وهو ماروى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته والأثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم ولان قضاء الدين من الحوائج الأصلية لان فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الغرماء كسائر حوائجه على ما بينا لان شرط تعلق حقهم الفراغ عن حقه ولهذا يقدم كفنه عليهم قال رحمه الله (وأخر الارث عنه) أى عن الديون التى أقر بها فى حالة المرض لما بينا آنفا قال رحمه الله (وان أقر المريض لوارثه بطل الا أن يصدقه بقية الورثة) وقال الشافعى رحمه الله يجوز اقراره له بناء على أصله انه لا يحجر عليه فيما فيه فكالرقبته لما فيه من اظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه فصار كاقراره لاجنبى و بوارث آخر و بوديعة مستهلكة للوارث وهى معروفة بأن أودعها على رؤس الاشهاد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وقول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فغير جائز الا أن يصدقه الورثة ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد ما تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية له وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يمكن بالوصية لهم وهو القياس فى الاقرار للاجنبى الا انا تركناه لانه لو لم يقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرا من إتواء أموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيحرج حرجا عظيما فلا يحجر عليه فى حقه لحاجته الى المعاملة كما لا يحجر عليه فى حقه من التبرع الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله تعالى فيه بخلاف الوارث لان المعاملة معه نادرة اذ يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدى الى سد بابها والاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى بقاء نسله وحاجته مقدمة على حق الورثة ولان الاقرار بالنسب ليس فيه ابطال حقهم قصدا وانما يبطل حقهم بالموت بشرط أن يتقدم دينهما وفى الاقرار يبطل فى الحال باقراره قصدا فافترقا ولا تهمة فى الاقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التى ذكرناها فيقبل اقراره لان رده كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفائها ألا ترى أنا لو كذبناه فمات وجب الضمان من ماله لانه مات مجهلا وعليه بينة فلا فائدة فى تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل اقراره باستهلاكها الا أن يصدقه بقية الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا صدقوه فقد أقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح الا أن يصدقه البقية قال رحمه الله (وان أقر لاجنبى صح وان أحاط بماله) والقياس أن لا يصح أصلا كما فى حق الوارث أو بما زاد على الثلث كتبرعاته وقد ذكرنا جوابه وهو وجه الاستحسان قال رحمه الله (وان أقر لاجنبى ثم أقر ببنوته ثبت نسبه و بطل اقراره وان أقر لاجنبية ثم نكحها صح بخلاف الهبة والوصية) حيث لا يصحان لها أيضا

(قوله وهو ماروى عن ابن عمر الخ) قال فى الهداية لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته قال الاتقانى فيه نظر لانه روى فى مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عن عمر وكذلك روى فى الاصل حدث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله العرزمى عن نافع عن ابن عمر أنه قال اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله اه وكتب ما نصه قال الاتقانى ولكنهم استحسنوا جواز اقراره فى الجميع لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط بماله ولا يعرف له مخالف فحل محل الاجماع ولانه غير متهم فى حق الاجنبى فينفذ اقراره فى الجميع كالصحيح بخلاف اقراره لوارث حيث لا يصح لانه متهم بجواز ايثاره على باقى الورثة اه (فرعان) مريض عليه دين يحيط بماله فأقر المريض بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح اقراره لان الوارث لو ادعى رد الامانة الى مورثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث * مريض عليه دين يحيط بماله وله على رجل دين الصحة فأقر المريض باستيفاء ذلك الدين من مديونه صح اقراره اه قاضيخان (قوله فيقدم على حق الغرماء) صوابه على حق الورثة فتأمل اه (قوله فى المتن وان أقر المريض لوارثه بطل) ذكر فى الجامع الكبير اذا أقر الرجل لامرأته بدين المهر يصح اقراره الى مهر مثلها وان كان هذا اقرار الوارث لان هذا دين لا تهمة فيه فلا يمنع صحة الاقرار للوارث اه تتمة (قوله الا أن يصدقه الخ) وتصديق بقية الورثة هنا صحيح وان كان فى حياة المقر بخلاف الوصية لوارث والوصية بما زاد على الثلث فلا عبرة لتصديق الوارث فيهما فى حياة الموصى اه كذا ذكره العمادى فى الفصل الثانى والثلاثين فى كتاب العتاق من أحكام المرضى اه (قوله فصار كاقراره) أى له حالة الصحة واقراره اه اتقانى (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية الخ) قال الاتقانى ولنا حديث الدارقطنى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لوارث ولا اقرار له بدين اه

كما لا يصح للوارث وقال زفر رحمه الله يبطل الاقرار لها أيضا لانها وارثة عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب فصار كما اذا وهبها أو أوصى لها وهي أجنبية ثم تزوجها فانها لا تجوز وهو المراد بقوله في المختصر بخلاف الهبة والوصية ولنا أن النسب يستند الى حالة العلوق فيتبين أن البنوة كانت حالة الاقرار فلا يجوز ولا كذلك الزوجية فانها حادثة فتكون مقتصرة على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان باطلا لعدم الزوجية في تلك الحالة بخلاف ما اذا وهبها شيأ أو أوصى لها بشئ ثم تزوجها حيث تبطل الهبة والوصية لها لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ فلا يصح والهبة في المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث على ما يأتي بيانه في الوصية ان شاء الله تعالى فصارت كالوصية فحاصله أن الوصية لا تعتبر الا عند الموت على كل حال وأما الاقرار فلا يخلو إما أن يكون المقر له وارثا وقت الاقرار دون الموت أو كان وارثا فيهما ولم يكن وارثا فيما بينهما أو لم يكن وارثا وقت الاقرار وصار وارثا وقت الموت فان كان وارثا وقت الاقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الاقرار لعدم كونه وارثا وقت الموت وان كان وارثا فيهما لا فيما بينهما بأن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها أو والى رجلا فأقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقداها ثانيا لا يجوز الاقرار عند أبي يوسف رحمه الله لان المقر متهم في الطلاق وفسخ الموالاة وعند محمد رحمه الله يجوز لان شرط امتناع الاقرار أن يبقى وارثا الى الموت بذلك السبب ولم يبق ولانه لما صار أجنبيا نفذ الاقرار كما لو أنشأه في ذلك الوقت ألا ترى أنه لو لم يعقد ثانيا كان جائزا فكذا اذا عقد وان لم يكن وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا بسبب كان قائما وقت الاقرار بأن أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل الاب لا يصح اقراره وان صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان الاقرار حصل للوارث وقت الموت فصار كما اذا صار وارثا بالنسب ولنا أن الاقرار حين صدر حصل للاجنبي لا للوارث فنفذ ولزم فلا يبطل بخلاف الهبة لانها وصية ولهذا تعتبر من الثلث فتعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب بأن أقر مسلم مريض لاخيه الكافر ثم أسلم قبل موته أو كان محجوبا بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان قائما وقت الاقرار ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز اقراره عند أبي يوسف أولا لان اقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء وقال آخرا يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من أن يكون وارثا وكذلك لو أقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر لان اقراره كان للاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته وكذلك لو أقر المريض بعبد لاجنبي وقال الاجنبي هو لفلان وارث المريض يصح اقراره لما ذكرنا ولو أقر الاجنبي أنه حر الاصل أو كان أعتقه عتق ولا شئ عليه قال رحمه الله (ولو أقر لمن طلقها ثلاثا فيه) أى في المرض (فلها الاقل من الارث والدين) هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف ما اذا طلقها بسؤالها فانها لا ترث لكن لما أقر لها بالدين بقيا متهمين

(قوله ثم وجد له ولد) أى وبقى الولد الى أن مات المورث اه اتقاني (قوله وان كان وارثا فيهما الخ) قال الاتقاني وان كان يوم أقر وارثه بولاء أو زوجية ويوم مات وارثه وقد خرج فيما بين ذلك من أن يكون وارثه ببينونة أو فسخ للولاء فالاقرار باطل في قول أبي يوسف الاول وهو جائز في قوله الآخر وهو قول محمد وهو يقول العبرة لحالة الاقرار وحالة الموت لان حالة الاقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم وفيما بين ذلك لا عبرة به لانه لا تعلق للحكم به ومحمد يقول بأن الاقرار وجد في حال كونه أجنبيا والاقرار للاجنبي صحيح (١) قوله حال نفاذه هو وارث قلنا نعم ولكن بسبب جديد فلا يكون الارث مضافا الى السبب السابق لان الثاني غير الاول وصار كما لو أقر لاجنبية ثم تزوجها أليس أنه لا يبطل اقراره كذلك ههنا اه وقد علم منه أن قول الشارح لا يجوز الاقرار عند أبي يوسف هو قول أبي يوسف الاول الذي رجع عنه اه (قوله لا يجوز الاقرار عند أبي يوسف) قد رجع أبو يوسف عن هذا ووافق محمدا كما يعلم ذلك من الحاشية التي قبل هذه اه وقد ذكر في المبسوط وفتاوى قاضيخان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد كما ذكره الشارح من غير ذكر رجوع أبي يوسف الى قول محمد اه (قوله لا يصح اقراره) أى لانه لو نفذ نفذ في حالة كونه وارثا فيصير اقرارا للوارث فلا يجوز اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب) قال في وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن قائما وقت الاقرار وذكر فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير خلاف زفر في الاقرار لابنه وهو نصراني أو عبد فقال ان الاقرار صحيح عند زفر لانه وقت الاقرار لم يكن وارثا اه اتقاني رحمه الله (قوله كان قائما وقت الاقرار) الا أنه امتنع عمله لمانع فاذا زال المانع عمل السبب من ذلك الوقت وههنا بخلافه اه اتقاني (قوله وكذلك) أى الحكم والخلاف السابق اه

(١) قول المحشي قوله حال نفاذه الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة تحريفا وسقطا فليحرر اه مصححه

متهمين فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الاقرار لها فتعطى أقلهما ردًّا لقصدهما وعلى هذا اذا أوصى لها فتعطى الاقل من ميراثها منه ومن الوصية لما ذكرنا وقد ذكرنا المسئلة بشعبها فى الطلاق قال رحمه الله (وان أقر بغلام مجهول يولد لمثله) أى لمثل المقر (أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو مريضا وشارك الورثة) لان النسب من الحوائج الاصلية وهو أيضا اقرار على نفسه على ما بيناه وليس فيه ضرر على غيره قصدا فيصح وقد ذكرناها فى الدعوى والعتاق وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه اذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة الى اثباته لاستغنائه به عنه وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر وشرط أن يصدقه الغلام لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه اذا كان مميزا والكلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه لانه فى يد غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح اقراره شارك الورثة فى الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب قال رحمه الله (وصح اقراره) أى اقرار الرجل (بالولد والوالدين) لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وشرطه ما بينا فى الابن قال رحمه الله (والزوجة والمولى) لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير اضرار بأحد فينفذ قال رحمه الله (واقرارها) أى يصح اقرار المرأة (بالوالدين والزوج والمولى) لان الاصل ان اقرار الانسان على نفسه حجة لا على غيره وبالاقرار بهؤلاء ليس فيه الا الزام نفسها فيقبل قال رحمه الله (وبالولد ان شهدت قابلة أو صدقها الزوج) أى يقبل اقرار المرأة بهذا الشرط لان قول القابلة حجة فى تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش والزوج هو صاحب الحق فاذا صدقها فقد أقر به فلزمهما بالاقرار وله هذا اذا كانت ذات زوج أو معتدة وادعت أن الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها أما اذا لم يكن لها زوج ولا هى معتدة أو كان لها وادعت أن الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها فصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى أنه ولده من امرأته لا يصدق فى حقها الا بتصديقها قال رحمه الله (ولا بد من تصديق هؤلاء) يعنى تصديق المقر له فى جميع ما تقدم ذكره لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم فى يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه قال رحمه الله (وصح التصديق بعد موت المقر الا تصديق الزوج بعد موتها) يعنى اذا أقر بنسب أو نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه الا اذا أقرت المرأة بالزوج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح أما الاول فلان النسب يبقى بعد الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجية فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باق فى حقها وهو العدة فانها من آثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما فى حالة الحياة وأما الثانية وهى ما اذا أقرت المرأة بالزوجية فصدقها بعد موتها فالمذكور هنا

(قوله ردًّا لقصدهما) أى ولا تهمة فى الاقل هذا اذا كان موته قبل انقضاء العدة فان مات بعدها جاز اقراره فاذا أقر لها بدين المهر فقد قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة به لانه أقر بما يملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة فى مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض فى الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح وقال فى الفتاوى الصغرى المريضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهى منكوحة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح ونقله عن اقرار الجامع اهـ اتقانى (قوله وشرط) أى المصنف ثلاثة شروط الاول اهـ (٣٧) (قوله أن لا يكون له نسب معروف) أى لان معروف النسب لا يصح دعوى نسبه لانه اذا ثبت من أحد لا يقبل الفسخ بعد ذلك اهـ اتقانى (قوله شارك الورثة) أى ولا يصح الرجوع بعد ذلك اهـ اختيار (قوله فى المتن وصح اقراره بالولد والوالدين) فى النهاية ما ذكر هنا من صحة اقرار المقر بالأم حيث قال بالوالدين موافق لرواية التحفة ورواية شرح فرائض السراجى لمصنفه ويخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع وغيرها اهـ معراج (قوله فى المتن والزوجة) أى اذا صدقته وكانت خالية من الزوج وعدته ولم يكن تحت المقر أختها أو أربع سواها وأراد بالمولى مولى العتاقة سواء أراد المعتق أو المعتق فان الاقرار لكل واحد منهما صحيح اذا صدقه المقر له ولم يكن ولاؤه ثابتا من غيره اهـ (قوله فى المتن والمولى) أطلق المولى ليشمل الاعلى والاسفل جميعا ولهذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى ويجوز اقرار الرجل بالولد والوالد والزوجة والمولى من فوق ومن تحت اذا صدقه الآخر لان الحكم لا يعدوهما فيكون اقرارا على أنفسهما فيقبل ولا يجوز اقراره بغير هؤلاء الاربع ويجوز اقرار المرأة بالوالد والزوج والمولى ولا يجوز بغير هؤلاء الثلاثة لما ذكرنا أن اقرارها فى حق هؤلاء اقرار على نفسها وفيما عداه اقرار على الغير ولا يجوز اقرار المرأة بالولد وان صدقها ولكنهما يتوارثان ان لم يكن لهما وارث معروف لانا نعتبر اقرارها فى حقها ولا يقضى بالنسب لانه لا يثبت بدون الحجة وهو شهادة القابلة فان شهدت لها امرأة على ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها وكذلك ان لم تشهد لها امرأة وقد صدقها زوجها فيه ثبت النسب منهما لان النسب يثبت بتصادقهما لانه لا يتعدى الى غيرهما كذا فى شرح الكافى اهـ اتقانى

قول أبي حنيفة وعندهما يجوز تصديقه بعد موتها لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهى متقرر فيصح تصديقها وهذا لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار قائم لان التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فترث منها اذ الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا ولهذا لو أقام البينة بعد موتها على النكاح تقبل ولولا أن النكاح قائم في حق الارث لما قبلت فكذا بتصادقهما يعمل فيه أيضا كالبينة ولابي حنيفة رحمه الله أن النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له أثر وأما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت وأما المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو صححنا الاقرار والنكاح معدوم صححناه لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شئ هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف جانبها لانه أمكن جعل النكاح باقيا بيقاء أثره وهو العدة على ما مر فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا بمنزلة الكسب فوجب أن يصح تصديقه في حقه قلنا الكسب يقع ملكا لمالك الرقبة من الابتداء لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها احكاما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا له بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد وأما الارث فانما يثبت بعد موتها على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار لان المستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ فلا يصح وهذا لان ما أقرت به هي نكاح وما ادعاه هو بعد موتها ارث فلا يكون تصديقا لها فيما أقرت به بل هو دعوى مبتدأة فلا تقبل دعواه بلا حجة بخلاف ما اذا أقام البينة فانها حجة ملزمة فيثبت بها ما ادعاه قال رحمه الله (وان أقر بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت) يعني اذا أقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولايته عليه وذلك مثل الاخ والعم فانه اقرار على الاب أو الجد بأنه ابنه وكذا اذا أقر بالجد أو بابن الابن فانه لا يصح فان فيه حمل النسب على الغير فلا يجوز بدون اقامة البينة الا في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما حجة عليهما قال رحمه الله (فان لم يكن له وارث غيره قريب أو بعيد ورثه وان كان لا) أي ان كان للمقر وارث لا يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث كذوي الارحام أو بعيدا كمولى الموالاة وان لم يكن له وارث غيره ورثه لان اقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند عدم الاضرار بغيره وهذا لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره فيرد وفي استحقاق ماله مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه حيث شاء حتى كان له أن يوصي بجميع ماله فكذا له أن يجعله لهذا المقر له لانه وصية من وجه حتى كان للمقر أن يرجع عن الاقرار لان نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية وارث من وجه حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازة المقر له ما دام المقر مصرا على اقراره كأنه وارث حقيقة قال رحمه الله (ومن مات أبوه فأقر بأخ شركه في الارث ولم يثبت نسبه) لما ذكرنا أن اقراره مقبول في حق نفسه غير مقبول في حق غيره نظيره مشترى العبد اذا أقر على البائع انه أعتقه قبل البيع لم يقبل قوله في حق البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في حق نفسه حتى يعتق العبد فاذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه بطل اقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده وعندهما تأخذ خمسه ولو أقر بابن وبنت بأخ وكذبهما ابن

(قوله لانه وصية من وجه) قال في الهداية لكنه بمنزلته قال الاتقاني استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أى لكن الاقرار بنسب الاخ والعم بمنزلة الايصاء بالمال ولهذا لو أقر في مرضه به وصدقه المقر له ثم أنكر المقر النسب ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان المال للموصى له بالجميع ولو لم يوص لاحد كان المال لبيت المال لان رجوعه لما صح بطل الاقرار أصلا وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك أما اذا ثبت النسب لا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته ولهذا يناقي آخر كتاب الدعوى في قوله واذا كان الصبي في يد رجل قال هو ابن عبدي الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا لان النسب اذا ثبت لا ينتقض بالجحود والتكذيب اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وليس هذا وصية في الحقيقة بدليل أنهم قالوا فيمن أقر بأخ ولا وارث له ثم أوصى لرجل بجميع ماله أن للموصى له الثلث والباقي للاخ ولو كان الاخ يستحق الوصية وجب قسمة الثلث بينهما فظهر بهذا أنهم جعلوه في حكم الموصى له بمعنى أنه يستحق المال بقول المريض وليس هنا نسب ثابت يستند الاستحقاق اليه اه

و بنت

وبنت يقسم نصيب المقرين اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بجدة هي أم الميت أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به وقال في الايضاح لو أقر أحد الابنين المعروفين بزوجة للميت أخذت تسعي ما في يده لان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو سبعة فيحصل لها سهمان من تسعة وله سبعة وعلى قول مالك وابن أبي ليلى لها ثمن ما في يده لان اقراره انما يصح بسهم واحد يعني من ستة عشر وله سبعة أسهم قال رحمه الله (وان ترك ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر وللآخر خمسون) لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا في ذمته ثم يتقاصان فاذا كذبه أخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون درهما على زعمه والدين متقدم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا يأخذ منه شيئا كما اذا أقر عليه بدين آخر وكذبه أخوه وليس له أن يشارك أخاه في الخمسين وان تصادقا على أنه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على أخيه لرجع أخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين مما أخذه من أخيه المكذب لان الوارث لا يأخذ شيئا الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وعلى مذهب ابن أبي ليلى ان المقر يحصل له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل شائعا لانه أقر على نفسه وعلى أخيه فاقراره في حقه مقبول فيصح وفي حق أخيه لا يقبل فلا يصح ولو أقر أن أباه قبض كل الدين والمسئلة بحالها كان جوابه كالأولى الا أنه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ما يعلم أنه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسئلة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لان حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه ولو ترك الميت في هذه الصورة مائة أخرى غير الدين والمسئلة بحالها اقتسماها ورجع المكذب على الغريم بنصيبه من المائة الدين لما قلنا وللغريم أن يحلفه لما بينا فان نكل برئت ذمته وان حلف أخذ نصيبه وهو خمسون درهما من الغريم ثم يرجع الغريم بذلك على المقر يأخذه منه من نصيبه من التركة لانه لما أقر بقبض أبيه المائة فقد أقر عليه بالدين والدين متقدم على الميراث على الوجه الذي بيناه والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الصلح﴾

قال رحمه الله (هو عقد يرفع النزاع) هذا في الشرع وفي اللغة هو اسم بمعنى المصالحة وهو المسالمة خلاف

(قوله في المتن فلا شيء للمقر وللآخر خمسون) وذلك لان المائة صارت ميراثا بينهما فلما أقر أحدهما باقتضاء أبيه صح ذلك في نصيبه خاصة لا في نصيب أخيه فبقيت حصة الآخر كما كانت فجعل كأن المقر استوفى نصيبه ولان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون لان الديون تقضى بأمثالها فيجب للمطلوب على الطالب بقبض الطالب مثل ما وجب للطالب على المطلوب فيلتقيان قصاصا فيسقط ما على المطلوب فاذا كذبه أخوه في الاقرار لم ينفذ الاقرار على المنكر فينفذ في حق المقر خاصة فيسقط نصيب المقر وأورد الفقيه أبو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل بزعم هذا المقر أن أباه قد قبض الخمسين والخمسون الباقية بينهما نصفان فلم يبطل حقه في الكل قيل له لو أخذ من تلك الخمسين شيئا أدى ذلك الى الدور والتناقض لانه لو أخذ منه كان (٣٩) للابن الآخر أن يأخذ من المطلوب تمام الخمسين لان الابن المنكر يقول لم يأخذ أبي من الدين شيئا ولي تمام خمسين فله أن يرجع على الغريم بتمام خمسين ثم للغريم أن يرجع على الابن المقر بما أخذه من أخيه واذا كان يؤدي الى هذا ليس له أن يشاركه فيما قبض المنكر من الخمسين اهـ اتقاني (قوله لانه لو رجع المقر على أخيه) أي وأخذ منه نصف الخمسين التي قبضها من الغريم اهـ (قوله بما بقي من الدين) أقول كان ينبغي أن يقول بتمام الخمسين اذ لا حق للاخ المنكر فيما زاد على الخمسين حتى يكون له المطالبة به اهـ

﴿كتاب الصلح﴾

قدمت وجه مناسبة الصلح والاقرار بالدعوى في أول الاقرار اهـ (قوله في المتن هو عقد يرفع النزاع) ركنه الايجاب والقبول وشرطه أن يكون البدل المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوت فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرف بالالف واللام فيقتضي أن يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع اهـ سيد وقال الكاكي وشرط الصلح كون المصالح عنه يجوز الاعتياض عنه كالقصاص بخلاف ما اذا كان حقا لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة والكفالة بالنفس فلا يجوز الصلح عنه وكون بدل الصلح مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا تشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه حقا في حانوته فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي اهـ (قوله وهو المسالمة) أي بعد المحاربة اهـ اتقاني

(قوله وأصله من الصلاح) أى وهو استقامة الحال اه اتقانى (قوله قالوا معناه جنس الصلح) قال الاتقانى فان قلت لا يصح التمسك بالآية لانه انما يصح اذا كان المراد بالالف واللام الجنس لا العهد وقد وجد دليل العهد لانه تعالى قال وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير أى ذلك الصلح ولئن سلمنا أن المراد به الجنس فلا يجوز أيضا صرفه الى الكل لان ما ينطبق عليه اسم الصلح لا يجوز ولهذا لم يجز الصلح بعد اليمين وصلح المودع لا يجوز أيضا واذا ادعى على آخر قذفا لا يجوز الصلح وكذا اذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز فاذا لم يمكن صرفه الى الكل وجب حمله على الادنى لتيقنه وهو الصلح عن اقرار قلت التعلق بالآية صحيح لدخول الالف واللام وهى مطلقة لا فصل فيها وحمله على العهد ضعيف لان الله تعالى أمر بالصلح وعلل بكونه خيرا وهو المفهوم من لسان العرب وكأنه قال صالحوا فان الصلح خير يعنى جنس الصلح خير كما يقال صل والصلاة خير أى جنس الصلاة خير غاية ما فى الباب أنه انصرف الى الصلح المذكور أولا ولكنه وصفه تعالى بكونه خيرا لانه صلح فكل ما يكون صلحا يكون خيرا وأيضا قد يكون ذلك الصلح عن انكار أيضا لان نشوز الزوج والاعراض قد يكون عن انكار حقها فيكون ذلك صلحا على الانكار ومع ذلك جاز وقولهم لا يمكن صرفه الى الجنس كله فالجواب عنه نقول ليس ذلك من باب ما لا يمكن العمل بالاطلاق بل فى بعض المواضع ترك العمل بالاطلاق بدليل التقييد ووجوده فى بعض المواضع لا يدل على وجوده فى كل المواضع فلا يمنع ذلك العمل بالاطلاق فيما وراء دليل التقييد وقد تأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين اه ما قاله الاتقانى (فرع) قال فى الفتاوى الصغرى قال شيخ الاسلام خواهر زاده الصلح مع المودع على أربعة أوجه الاول اذا ادعى صاحب المال الايداع وجحد المودع والثانى اذا ادعى صاحب المال الايداع والاستهلاك والمودع أقر بالايداع وسكت ولم يدع الرد أو الهلاك وفى هذين الوجهين الصلح جائز عندهم والثالث اذا قال المودع هلكت أورددت وصاحب المال ساكت أو قال لا أدرى فاصطلحا لا يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ويجوز فى قول محمد رحمه الله والرابع اذا قال المودع ضاعت أورددت وقال المالك لا بل استهلكت فاصطلحا لا يجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد يجوز قال استاذنا فخر الدين وهكذا ذكر فى المنتقى أيضا قال شيخ الاسلام خواهر زاده والفتوى على قول أبى حنيفة وعامة المشايخ لم يفرقوا بين ما اذا قال المالك استهلكتها وقال المودع ضاعت أورددت أو قال المودع ضاعت أورددت وقال المودع استهلكتها وذكروا الخلاف فيهما جميعا وقال القاضى الامام على السغدى اذا قال المودع أولا استهلكتها وقال المودع ضاعت أورددت يجوز الصلح فى قولهم الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى اه اتقانى (قوله فى المتن وهو جائز باقرار) قال علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف والمراد بجواز الصلح اعتباره فى اثبات ملك المدعى فى بدل الصلح وانقطاع حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان حق الدعوى فى أصل المدعى والكلام المعروف فى هذه المسئلة أن هذا بذل المال بطريق المعاوضة فى جانب المدعى لقيام أمارة ثبوت الحق فى حقه وبذل المال لدفع الخصومة وصيانة النفس فى حق المدعى عليه اه اتقانى (قوله فى المتن وسكوت) أى وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر اه ووجه حصر الصلح فى الثلاثة قال الاتقانى أن المدعى عليه لا يخلو اما أن يجيب لدعوى المدعى أولا والثانى هو السكوت والاول لا يخلو اما أن يكون بالاقرار أو الانكار ولا ثالث لهما فانحصر على الثلاثة لا محالة اه (قوله كل صلح جائز الى آخر الحديث) رواه الترمذى من طريق أبى هريرة وقال هذا حديث حسن صحيح اه

الخاصمة وأصله من الصلاح وهو ضد الفساد ومعناه دال على حسنه الذاتى وكم من فساد انقلب به الى الصلاح بحسنه ولهذا أمر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما وقال تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج التعليل والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا أن جميع أنواعه حسن لان فيه اطفاء النائرة بين الناس ورفع المنازعات الموبقات عنهم وهى ضد المصالحة وهى منهى عنها بقوله تعالى ولا تنازعوا وفى ترك الصلح ذلك لان طلب جميع ما يستحقه ربما يؤدى الى الانكار لا سيما عند الاعسار وفيه فساد عظيم بعد الانكار فان المدعى اذا أقام البينة تكثر العداوة وتهيج الفتن بين المدعى والمدعى عليه والشهود والقاضى والى هذا أشار النبى صلى الله عليه وسلم بقوله ردوا الخصوم كى يصطلحوا وقال أبو منصور الماتريدى رحمه الله لا يعمل الشيطان فى ايقاع العداوة والبغضاء فى بنى آدم مثل ما يعمل من ابطال الصلح على الانكار وهذا صحيح لان فى منع هذا الصلح فتح باب المنازعات واثارة النائرات بين الناس واقامة الفتن والمكايدات ألا ترى الى ما حكى ان فتنة وقعت فى قبيلة بسبب تهمة غلام فهاجت بينهم حتى قتل منهم أربعون ألفا فامتدت الحرب بينهم الى أن وقع الصلح فانطفأت النائرة ولان العقود انما شرعت للحاجة والحاجة اليه أمس لدفع الشر فكان أولى به قال رحمه الله (وهو جائز باقرار وسكوت وانكار) لاطلاق ما تلونا وما روينا وما بينا من المعنى ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا للدافع حراما على الآخذ فبالصلح ينعكس الامر فيكون حراما على الدافع حلالا على الآخذ أو نقول ان المدّعي ان كان محقا كان أخذ المدّعي حلالا له قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وان كان مبطلا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح وحل له بالصلح فصار صلحا أحل حراما ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة فاذا كان التمليك رشوة كان التملك قبول الرشوة اذ لا علك الا من الجهة التي ملك فيكون المدّعى عليه دافعا لدفع الظلم والمدّعي آخذا لترك الظلم قلنا ليس هذا مراد النبي صلى الله عليه وسلم لان ذلك موجود في الصلح مع الاقرار أيضا لان الصلح يقع عادة على مادون حقه فما زاد على المأخوذ الى تمام حقه كان حلالا للمدّعي أخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراما على المدّعى عليه منعه قبل الصلح وحل له ذلك بعد ولو كان المراد هذا المعنى لما صح مطلقا بل البيع أيضا يكون حراما بهذا الاعتبار لان كل واحد من المتبايعين ماله كان حلالا له قبل البيع ويحرم عليه بالبيع وكذا سائر العقود المشروعة فيؤدّي هذا الى تحريم أسباب الملك بأسرها وانما مراده عليه الصلاة والسلام أن يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا أو يحرم ما ليس بحرام وذلك مثل أن يصالح على الخمر والخنزير أو تصالح احدى الضرتين زوجها على أن لا يطأ الاخرى أو أمته فتحرم عليه على زعمهم بالصلح وهذا ظاهر لانه عليه الصلاة والسلام ذكر الحرام والحلال مطلقا والمطلق منهما ينصرف الى الكامل وذلك بأن يكون حراما أو حلالا لعينه وقوله رشوة وتملكه قبول للرشوة الى آخره لا نسلم بل هو في زعم المدّعي هو عين حقه أو بدله فهو حلال له أخذه وأكله وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين ودفع الشر عن نفسه وهو أيضا حلال له لان المال لم يخلق الا لذلك ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله ان أجوز ما يكون من الصلح الصلح على الانكار لان معنى الصلح فيه يتحقق على التمام وهو قطع المنازعة والخصومة والفساد الذي يتولد منها وأما مع الاقرار فلا يؤخذ فيه معنى الصلح على التمام اذ ليس فيه منازعة حتى يحتاج فيه الى الصلح بل هو استيفاء لبعض حقه واسقاط للباقي ان أخذ بعض حقه من جنسه وان أخذ من خلافه فهو بيع عن طوع منه واختيار ولو قلنا انه رشوة فهي جائزة للدافع لدفع الظلم عن نفسه وما جاء فيه من الذم من قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الراشي والمرتشي المراد به اذا كان هو الظالم فيدفعها الى بعض الظلمة من ولاة الامور يستعين به على الظلم بالرشوة وأما الدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيه حتى روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه أجاز ذلك للوصي من مال اليتيم أيضا لدفع الضرر عن اليتيم ألا ترى أن الخضر عليه السلام خرق السفينة كيلا يأخذها الظالم وما كان مراده بذلك الا الاصلاح والله يعلم المصلح من المفسد وقوله اذ لا علكه الا من الجهة التي ملك قلنا لا نسلم اتحاد جهة التمليك والتملك بل قد تختلف الجهة بينهما كمن أقر بعتق عبد غيره ثم اشتراه فانه بيع في حق البائع حتى يجبر المشتري على الثمن فداء في حق المشتري اذ لا بيع بينهما على زعمه وقبلة كل واحد من الجماعة في التحري ما أدّى اليه اجتهاده والخلع يمين في جنبه معاوضة في حقها وكذا الفسخ بالاقالة فانها بيع في حق ثالث فسخ في حق المتعاقدين قال رحمه الله (فان وقع عن مال بمال باقرار اعتبر بيعا) لان معنى البيع قد وجد فيه وهو مبادلة المال بالمال عن تراض فتجري فيه أحكام البيوع وهذا لان الاصل في الصلح أن يحمل على أشبه العقود له فتجري عليه أحكامه لان العبرة للمعاني دون الصور ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعا والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل كفالة ثم اذا وقع عن مال بمال ينظر فان وقع على خلاف جنس المدّعى فهو بيع وشراء كما ذكرنا وان وقع على جنسه فان كان بأقل من المدّعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا قال رحمه الله (فتثبت فيه الشفعة والرد

(قوله لعن الله الراشي الى آخر الحديث) روى محمد في السير الكبير عن أبي عميس المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله ابن مسعود أنه كان بالحبشة فرشا دينارين قال محمد فهذا لا بأس به وليس هذا بسحت الاعلى من أكله فأما من أعطاه لمنفعته فلا بأس بذلك وكذلك في دار الاسلام أيضا ان رشا انسانا يخاف ظلمه وجنسه فلا بأس بذلك للراشي ويكره ذلك للمرتشي قال محمد بلغنا عن الشعبي جابر بن زيد أنه قال ما وجدنا في زمن الحجاج أو زياد أو ابن زياد شيأ خيرا لنا من الرشا قال محمد فهذا لا بأس به للمعطي لانه يدفع عن نفسه الظلامة وانما يكره ذلك للآخذ الى هنا لفظ كتاب السير الكبير اهـ اتقاني (قوله حتى روى عن أبي يوسف) رواه أبو الليث وبه يفتي اهـ معراج (قوله كيلا يأخذها الظالم) أجاز التعيب في أموال اليتامى مخافة أخذ المتغلب كذا في أحكام الصغار وفي المحيط لو رشا لدفع خوف على نفسه أو ماله أو خوفا على نسائه أو أعطى مالا لشاعر لا بأس به اهـ معراج (قوله والله يعلم المصلح من المفسد) كذا بخط الشارح لم يرد الشارح التلاوة ولذا قدم المصلح اهـ (قوله ما أدّى اليه اجتهاده) أي جهة كل واحد منهم قبلة في حقه ولا تكون قبلة في حق من توجه الى غيرها اهـ (قوله في المتن فتثبت به الشفعة) أي اذا كان عقارا اهـ

(قوله ولهذا اذا كان البدل غير مقدور التسليم) أى كما اذا صالح على عبد آبق اه (قوله فى المتن فيشترط التوقيت) حتى لو صالحه
على سكنى دار الى الابد أو حتى يموت لا يجوز اه كاكى قال الاتقانى فاذا اعتبر بالاجارة كان التوقيت من شرطه حتى لو وقع الصلح على
سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان وقع الصلح أبدا أو الى أن يموت لا يجوز وكذا ان وقع الصلح على زراعة أرض سنين معلومة جاز
واذا لم تكن المدة معلومة فلا ويبطل الصلح بموت أحد المتعاقدين أيضا كما فى الاجارة ويرجع المدعى فى دعواه بقدر ما لم يستوف من
المنفعة اه ﴿فرع﴾ قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى الاصل أن الصلح على معلوم عن معلوم أو عن مجهول على معلوم جائز
والصلح على شئ مجهول عن معلوم أو عن مجهول لا يجوز الا أن يكون ما وقع عليه الصلح يستغنى عن القبض والتسليم فجهالته لا تبطل
عقد الصلح كما اذا ادّعى كل واحد منهما حقا مجهولا فاصطلحا جميعا على التتارك جاز الصلح لان الجهالة لا تبطل العقود لعينها وانما تبطل
العقود لمعنى فيها وهو لوقوع المنازعة فان كان مما يستغنى عن قبضه ولا تقع المنازعة فى ثانى الحال جاز وان كان مما يحتاج الى قبضه وتقع
المنازعة فى ثانى الحال عند القبض والتسليم لم يجز ثم قال فيه واذا ادّعى رجل عينا مال فى يد رجل كالعبد والدار والارض وغيرها فادّعى
كله أو بعضه والمدعى عليه مقرّ أو جاحد أو ساكت فان الذى وقع عليه الصلح إما أن يكون دراهم أو دنانير أو كيليا أو وزنيا أو حيوانا أو ثيابا
ولا يخلو إما أن يكون معينا أو موصوفا غير معين أو وقع الصلح على منفعة أما اذا وقع الصلح على دراهم بعينها فالشرط فيها بيان مقدارها
ويقع على الجياد من نقد البلد وان كان في البلد نقود مختلفة يقع على الغالب منها وان لم يكن لبعض منها على بعض غلبة فلا

بالعيب وخيار الرؤية والشرط) لان هذه الاشياء من أحكام البيع فتثبت فيه قال رحمه الله
(ويفسده جهالة البدل) أى الذى وقع عليه الصلح (لا جهالة المصالح عنه) لانه بيع فيفسد بالجهالة
المانعة من التسليم والتسلم غير أن المصالح عنه لا يحتاج فيه الى تسليمه فلا تضره الجهالة والذى وقع عليه
الصلح يحتاج الى تسليمه فتفسده ولهذا اذا كان البدل غير مقدور التسليم يفسد دون المصالح عنه لانه
يسقط فلا يحتاج الى تسليمه فلا يفضى الى المنازعة وكذا يفسد بجهالة الاجل اذا جعل البدل مؤجلا
قال رحمه الله (وان استحق بعض المصالح عنه أو كله رجع المدّعى عليه بحصة ذلك من العوض أو بكله
ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع بكل المصالح عنه أو ببعضه) لان كل واحد منهما عوض عن
الآخر فأيهما استحق عليه ما أخذه رجع عليه بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض بحصته
لانه حكم المعاوضة قال رحمه الله (وان وقع عن مال بمنفعة اعتبر اجارة) يعنى الصلح باقرار ان وقع عن
مال بمنفعة يكون إجارة لما ذكرنا أنه يحمل على أشبه عقود له اذ العبرة للمعانى فوجب حمله عليها لوجود
معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض قال رحمه الله (فيشترط التوقيت ويبطل بموت أحدهما)
لانه اجارة وهذا حكمها على ما عرف فى موضعه وانما يشترط التوقيت فى الاجير الخاص بأن ادّعى شيأ
فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى سنة وفيما عداه لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب
أو ركوب الدابة أو حمل الطعام الى موضع ولو مات أحدهما أو محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح

يجوز الصلح ما لم يبين نقدا
منها مع بيان القدر ويجوز
الصلح عليها حالة ومؤجلة
وقبض ما وقع عليه الصلح فى
المجلس قبل الافتراق ليس
بشرط لان الافتراق عن عين
بدين فى غير الصرف والسلم
وما لا يبطله النساء لا يبطله
العقد هذا اذا كانت الدراهم
غير معينة وأما اذا كانت
معينة جاز الصلح ولا يحتاج الى
بيان القدر والوصف ولكن
لا يتعلق العقد بعينها لان
الدراهم والدنانير لا تتعينان
فى عقود المعاملات حتى ان
المدعى عليه لو أراد أن يحبسها ويعطى الرجل مثلها كان له ذلك ولو هلكت فى يده قبل التسليم الى المدعى أو استحقت لم يبطل فيرجع
العقد وعليه تسليم مثلها ولو اختلفا فى قدرها ووصفها بعد الهلاك فانهما يتحالفان ويترادّان الفضل كما فى البيع اذا اختلفا والسلعة
قائمة بعينها وههنا المعقود عليه قائم وهو عين فى يد المدعى عليه وكذلك الصلح ان وقع على الدنانير فهو كما لو وقع الصلح على الدراهم فى جميع
ما وصفنا وان صالح من دعواه على كيلى كالحنطة والشعير أو على وزنى كالحديد والصفر ان كان معينا وأضاف العقد وهو حاضر أو غائب(١)
بعد أن ذلك فى ملك المدعى عليه صح الصلح ويقع على ما سمى من الكيل والوزن وان أشار اليه ولم يسم الكيل والوزن جاز ويتعين ذلك فان
كان موصوفا فى الذمة فالشرط فيه بيان القدر والوصف وبيان الاجل ليس بشرط ولو بين الاجل جاز ويثبت والاصل أن الكيلى والوزنى
أعيانهما سلع وأوصافهما ثمن فاذا عينا تعلق العقد بأعيانهما واذا وصفا ولم يتعينا صار حكمهما كحكم الدراهم والدنانير ولو صالحه على
ثياب ان كانت معينة جاز الصلح والشرط فيه الاشارة لا غير وان كان غير معين فالصلح لا يجوز حتى يأتى بجميع شرائط السلم لان الثياب لا تثبت
دينا فى الذمة الا على اعتبار شرائط السلم وان صالح من دعواه على حيوان أو على ما لا يجوز فيه السلم لجهالته فلا يجوز الصلح الا أن يكون
معينا ولو صالح من دعواه على منفعة معلومة فان كان مما يجوز ورود الاجارة عليه صح الصلح وان كان مما لا يجوز ورود الاجارة عليه لم يجز
الصلح الى هنا لفظ الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى اه اتقانى (قوله ولو مات أحدهما أو هلك) لفظ أو هلك ليس فى خط الشارح اه

---

(١) (قوله بعد أن ذلك هكذا فى أصل الحاشية وحرر العبارة اه مصححه

(قوله في المتن فداء لليمين) لفظ لليمين ليس في خط الشارح اهـ (قوله في المتن في حق المنكر) أي والساكت قال القدوري والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة اهـ فيشمل قوله المدعى عليه المنكر والساكت اهـ (قوله في المتن ومعاوضة في حق المدعي) وذلك لان المدعي يدعي أنه محق في دعواه والذي أخذه عوض عن حقه والمرء مؤاخذ بزعمه فيجعل في حقه بمعنى المعاوضة والمدعى عليه يزعم أن المدعي مبطل في دعواه والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والذب عن نفسه اهـ اتقاني (قوله في المتن فلا شفعة ان صالحا عن داريهما) قال الاتقاني وجملة القول ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال واذا ادّعى دارا في يد رجل صالح معه على مال معلوم فان كان الصلح عن اقرار (٣٣) تجب الشفيع فيه الشفعة لان صاحب اليد مقر بان الدار كانت للمدعي وانما صارت له بهذا الصلح فصار بمنزلة الشراء فان كان ما وقع عليه الصلح مثليا أخذها الشفيع من صاحب اليد وان كان غير مثلي أخذها بالقيمة وان كان الصلح عن إنكار فلا شفعة للشفيع فيها لان من زعم المدعى عليه ان الدار كانت له وانما بذل المال للمدعي لدفع باطل خصومته لا بدلا للدار ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي وله أن يدلي بحجته فان أقام البينة على صاحب الدار أن الدار كانت للمدعي أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة لانه تبين أن الدار (١) انما حصلت فصار بمنزلة الشراء وان كان الصلح وقع على أرض بعينها أو على دار بعينها المدعى عليه وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمة الدار المتروكة سواء كان الصلح عن اقرار أو انكار لان من زعم المدعي أنه انما أخذها بدلا عن الدار المتروكة وأن للشفيع فيها الشفعة فاستوى في المأخوذة حكم الاقرار والانكار ولو صالح من دعواه في الدار على منافع لا على عين مال فلا شفعة في المتروكة سواء كان الصلح عن اقرار أو انكار لان بدل الدار ليس بعين مال ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعي الدار ويعطيه دارا أخرى فيجب في كل واحد من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى اذا كان الصلح عن انكار لان الصلح اذا كان عن انكار كانت هذه مبادلة دار بدار ولو كان الصلح مثل هذا عن اقرار فلا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فيهما جميعا لان الدارين جميعا ملك للمدعي كذا في شرح الطحاوي اهـ (قوله لافتداء اليمين وقطع الخصومة) ولا يصدق عليه المدعي في زعمه أنه أخذ المال عوضا عن حقه من غير بينة اهـ اتقاني (قوله فكان معاوضة على زعمه) أي فصار كأنه قال اشتريتها منه اهـ اتقاني

فيرجع بالمدعي ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدعي بقدره وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو القياس لانه اجارة وهي تبطل بذلك وقال أبو يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه بل المدعي يستوفي المنافع على حاله وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطاله بموت أحدهما اعادة المنازعة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه مطلقا لانه يمكن الاستيفاء فيه إما باستمرار العاقد أو باقامة وارثه مقامه وفيما يتفاوتون فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدعى عليه يبقى لامكان الاستيفاء بالاستمرار وان مات المدعي يبطل لتعذر اقامة الوارث مقامه فيه لانه يتضرر المالك بذلك وان قتل العبد يبطل الصلح عند محمد رحمه الله مطلقا كالاجارة لانه اجارة على ما بينا وعند أبي يوسف رحمه الله ينظر فان قتله المدعي أو الاجنبي يضمن قيمته ويشتري بقيمته عبدا يخدمه كما اذا قتل العبد الموصى بخدمته ولكن يثبت له الخيار لاحتمال الاختلاف بينهما في الخدمة فالرضا بالاول لا يكون رضا بالثاني وان قتله المدعى عليه بطل بالاجماع لان المولى لا يضمن نفس عبده فصار كما اذا مات حتف أنفه أو أعتقه المولى بخلاف المرهون حيث يجب على المولى الضمان بالاتلاف والعتق لانه فوت الاستيفاء الحاصل بعقد الرهن والتبض قال رحمه الله (والصلح عن سكوت أو انكار فداء اليمين في حق المنكر ومعاوضة في حق المدعي) لما بينا ويجوز أن يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل في المتناكحين والحرمة في أصولهما وفروعهما فيؤاخذ كل واحد منهما بما زعم وهذا في الانكار ظاهر لانه تبين بالانكار أن ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار فجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضا عما دفع بالشك قال رحمه الله (فلا شفعة ان صالحا عن داريهما وتجب لو صالحا على داريهما) أي المنكر والساكت اذا ادّعى على كل واحد منهما داره فصالح عنها بدفع شيء آخر لم تجب في داره الشفعة لانه يدعي أنها داره وانه يستبقيها على ما كانت له وان المدفوع الى المدعي ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة ولو ادّعى على كل واحد منهما شيئا فصالح عنه على دار فدفعها الى المدعي وجبت فيها الشفعة لان المدعي يدعي أنه يأخذها عوضا عما ادّعى فكان معاوضة على زعمه فتجب فيها الشفعة لان كل انسان يؤاخذ بزعمه حتى لو ادّعى عليه دارا فأنكر فصالحه عنها على دار أخرى وجبت الشفعة في التي صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار الآخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها ألا ترى أن رجلا لو قال أنا اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة وكذا لو ادّعى انه باع داره

(٥ – زيلعي خامس)

(١) قول المحشي انما حصلت هكذا في الاصل وفي الكلام سقط واضح فحرر اهـ كتبه مصححه

(قوله فى المتن ولو استحق المتنازع فيه) أى فى الصلح عن انكار أو سكوت اه (قوله ولان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته الخ) قال الكاكى وهذا بخلاف ما لو أعطى المدعى شيأ المدعى عليه بطريق الصلح ثم استحقت الدار فان المدعى لا يرجع على المدعى عليه بشئ لان فى زعم المدعى أن ما دفع اليه لدين واجب عليه لانى أخذت ملكى فكنت متبرعا فيما أعطى ولا رجوع فيه بسبب الاستحقاق أو لان المدعى عليه مضطر فى مسئلة الكتاب لانه يدفع لضرورة قطع الخصومة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها أما المدعى ليس بمضطر فيما أعطى لانه على خيرته فى دعواه فكان (٣٤) الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار عند الاستحقاق فلا يرجع بشئ اه (قوله بخلاف

من فلان وهو ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة لان زعمه حجة فى حق نفسه قال رحمه الله (ولو استحق المتنازع فيه رجع المدعى بالخصومة ورد البدل ولو بعضه فبقدره) يعنى لو ادعى رجل على شخص شيأ فأنكر ثم صالحه على شئ ثم استحق المدعى كله أو بعضه رد المدعى العوض الذى أخذه كله أو بعضه قدر ما استحق على المدعى عليه ورجع هو بالخصومة مع المستحق لانه أخذه على زعمه عوضا عما ادعى فاذا استحق ذلك يرجع عليه المدعى عليه بناء على زعمه كأنه اشتراه منه ولان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه ليبقى المدعى فى يده من غير خصومة أحد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين أيضا أن المدعى لم يكن له خصومة فيرجع عليه فصار نظير ما اذا أدى المكفول عنه المال الى الكفيل ليقضى الدين من عنده ويكون له ذلك ثم قضى المكفول عنه الدين رجع على الكفيل بما أعطاه لان غرضه لم يحصل له وانما رجع المدعى بالخصومة لان المستحق قام مقام المدعى عليه حين أخذ المدعى منه فيكون له أن يخاصمه قال رحمه الله (ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع الى الدعوى فى كله أو بعضه) أى استحق الذى وقع عليه الصلح فى يد المدعى رجع المدعى الى الدعوى فى كله ان استحق كل العوض أو فى بعضه ان استحق البعض لان المدعى ما ترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بأن قال أحدهما بعتك هذا الشئ بهذا وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بأن المدعى ملك المدعى فلا يعتبر انكاره بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة قال رحمه الله (وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه فى الفصلين) أى فى فصل الاقرار وفى فصل الانكار والسكوت فاذا كان كاستحقاقه يبطل به الصلح لان هلاك البدل فى البيع يبطل البيع فكذا هذا وهذا فى فصل الاقرار ظاهر لانه بيع حقيقة على ما مر وكذا فى فصل الانكار والسكوت لانه بيع فى حق المدعى فيبطل بهلاكه فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح فى قدره ويبقى فى الباقى كما فى الاستحقاق هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان فى العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما فى الذمة فلا يتصور فيه الهلاك

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (الصلح جائز عن دعوى المال) لانه فى معنى البيع فى حقهما ان وقع بمال عن اقرار أو فى حق المدعى وحده ان وقع عن انكار أو سكوت وفى حق الآخر لافتداء اليمين وقطع الخصومة أو فى معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع وكل ذلك جائز على ما بينا قال رحمه الله (والمنفعة) يعنى الصلح عن دعوى المنفعة أيضا جائز ويكون بمعنى الاجارة ان وقع عنه بمال أو بمنافع لان المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح ألا ترى أن الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على مال أو

ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع) صورته صالح ذو اليد المنكر مع المدعى على عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذه الدار يعنى أجرى لفظ البيع فى مقام الصلح ثم استحق العبد حيث يرجع المدعى على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى اه ﴿فصل﴾ لما ذكر فيما تقدم مشروعية الصلح وأنواعه الثلاثة ذكر فى هذا الفصل ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز اه اتقانى (قوله فى المتن الصلح جائز عن دعوى المال) قال الاتقانى رحمه الله أما جوازه عن دعوى المال فلما روى أن عثمان رضى الله عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألف درهم وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير وسيجئ فى فصل التخارج اه (قوله لانه فى معنى البيع) فما جاز بيعه جاز الصلح عنه اه (قوله ألا ترى أن الورثة لو صالحوا الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى فى باب الصلح فى الوصايا واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من خدمته منفعة على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذى وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح لفظة تحتمل التمليك وتحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازى الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز الصلح على خدمة عبد آخر فلو كان هذا تمليكا

منفعة جاز فهذا أولى لكونه معلوما لان لها مدة متناهية لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفى الجنس بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد أو زراعة الارض أو لبس الثياب أما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح قال رحمه الله (والجناية) يعنى الصلح جائز عن دعوى الجناية وهذا اللفظ يتناول الجناية على النفس وما دونها عمدا كان أو خطأ سواء كان عن اقرار أو انكار أو سكوت أما العمد فى النفس فلقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف قال ابن عباس والضحاك والحسن نزلت الآية فى الصلح عن دم العمد ومعناها من بذل له بدل أخيه المقتول مال وذلك لا يكون الا بالصلح ولانه حق ثابت فى المحل فى حق الفعل فجاز أخذ العوض عنه كملك النكاح وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدل الصلح وذلك مثل الاموال المعلومة والمنافع المعلومة وما لا يصلح مهرا لا يصلح بدلا عن القود مثل الخمر والخنزير لكن فى النكاح يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع بلا مال والعفو مشروع بدونه مندوب اليه ولهذا لو لم يسم شيأ فيه ما يجب فى النكاح مهر المثل لان البضع متقوم حالة الدخول ومهر المثل قيمة له لانه هو الموجب الاصلى وفى العفو عن القود لا يجب شئ لانه لا يتقوم الا بالتقويم ولم يوجد وهذا لان التقويم يكون بقيام غيره مقامه والقصاص لا يقوم غيره مقامه اذ لا عائل غيره الا أن الشرع أجاز أخذ عوضه عند اتفاقهما فجاز أخذه بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز أخذه لانه لا حق له فى المحل بل هو ملك المشترى

أكان باطلا لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير لانه تصرف نافع فى حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه فى منفعته ما دام حيا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له بخلاف ما اذا آجر عبدا مدة ثم مات قبل مضى المدة فان ثمة لم يسلم جميع ما قوبل بالبدل فلا يسلم البدل أيضا فى مقابلته له اه اتقانى (قوله فى المتن والجناية) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى والصلح من كل جناية فيها قصاص على ما قل من المال أو كثر جائز لان القصاص مما يحتمل الاسقاط بغير مال فيحتمله بالمال أيضا وهو حق يحتمل التقويم بالكتاب والسنة واجماع الامة كذا قال الاتقانى ثم قال وأما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية أراد به برضا القاتل واجماع الامة على هذا كذا فى شرح الكافى ولان دم العمد حق يجوز أن يؤل الى مال وهو اذا دخلته شبهة فجاز الصلح منه على مال كالرد بالعيب اه اتقانى (قوله نزلت الآية فى الصلح عن دم العمد) وقيل ان الآية نزلت فى دم بين شريكين عفا أحدهما أنه ينقلب نصيب الآخر مالا اه اتقانى (قوله ولانه حق ثابت فى المحل فى حق الفعل) بخلاف حق الشفعة اذ ليس ثابتا فى المحل اه (قوله وما جاز أن يكون مهرا الخ) أى الصلح بمنزلة النكاح يعنى أن كل ما يصلح تسميته مهرا فى النكاح يصلح بدل الصلح ولا يقال كل ما يصلح بدل الصلح يصلح مهرا الا انه اذا صالحه عن أن يعفو الآخر عن قصاص له (٥٣) قبل رجل آخر جاز وعفو القصاص لا يصلح مهرا قال شمس الائمة البيهقى فى الكفاية وكل ما يصلح مهرا يصلح بدل الصلح عن الدم وكل ما ذكر مهرا ولم يصح تسميته وجب مهر المثل وهنا تجب الدية والارش فى ماله حالا لان الدية هنا كمهر المثل هناك لان كل واحد يجب بدلا عن مال ثم القود يسقط بأدنى شئ ولم يرض مجانا فيجب ما ذكرنا الا فى فصل اذا صالح عن دم العمد على خمر يسقط القصاص ولا يجب شئ بخلاف المهر لان هناك علق العفو بلا شئ فاذا ذكر مالا يصلح عوضا أصلا فكأنه عفا وفى النكاح لا يمكن بدون مهر وقال فى الايضاح وبدل الصلح فى دم العمد جار مجرى المهر وكل جهالة تحملت فى المهر تحملت هنا وما يمنع صحة التسمية يمنع وجوبه فى الصلح والمعنى الجامع بينهما أنه وجب ابتداء لا فى مقابلة مال وفى كل موضع بطلت التسمية فى النكاح فكذلك فى الصلح الا أن القصاص يسقط ويجب بدل النفس وهو الدية نحو أن يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل فى النكاح الا أنهما يفترقان من وجه وهو أنه اذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل ولو صالح من دم العمد على خمر لم يجب شئ لان وجوب المهر فى باب النكاح من ضرورات العقد فانه لم يشرع بلا مال فاذا لم يكن المسمى مالا لغت التسمية فصار كأنه لم يسم مهرا فوجب مهر المثل فأما فى باب الصلح فوجوب المال ليس من ضروراته فانه لو عفا ولم يسم مالا لم يجب شئ اه اتقانى (قوله بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز) قال الاتقانى لانه مجرد حق لا يثبت ذلك فى المحل قبل تملك المحل وهو الدار مثلا والقصاص ليس كذلك لان الملك ثابت فى المحل لمن له القصاص قبل أخذ القصاص فجاز أخذ العوض عنه لانه عوض عن ملكه كأخذ العوض عن عبده فى الاعتاق على مال فاذا لم يصح الصلح عن حق الشفعة بطلت الشفعة لانها تبطل بالاعراض عن طلب الشفعة واشتغاله بالصلح اعراض وانما قيد بالصلح عن حق الشفعة على مال لانه اذا صالح من شفعته على نصف الدار أو على ثلثها أو ربعها جاز على ما ذكر فى الاصل قال فى الشامل فى باب الصلح فى الشفعة من قسم المبسوط اشترى دارا وله ما شفيع فصالح من شفعته على نصف الدار بنصف الثمن جاز لان هذا يكون شراء مبتدأ الا أخذا بالشفعة لانه ليس له أخذ البعض دون البعض ويجوز الشراء على هذا الوجه صالحه على أن يسلم الشفعة على بيت من

وانما له أن يملك ان شاء وذلك مجرد خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار المخيرة وخيار الشرط والرؤية وخيار العيب وكالكفالة بالنفس ثم اذا فسدت التسمية فى الصلح كما اذا صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية لان الولى لم يرض بسقوط حقه مجانا فيصار الى موجبه الاصلى بخلاف ما اذا لم يسم شيأ أو سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شئ لما ذكرنا ويسقط القصاص لان إقدامه على الصلح يتضمن الابراء عنه وكذا الخيارات التى ذكرناها والشفعة تسقط لما ذكرنا واختلفوا فى سقوط الكفالة به قيل تسقط لما ذكرنا وقيل لا تسقط لان الكفالة بالنفس وسيلة الى المال غالبا فأخذت حكمه فلا تسقط ما لم يحصل غرضه بخلاف ما ذكرنا من الخيار والقصاص وأما الخطأ فى النفس فلان موجبه المال والصلح عن دعواه جائز على ما ذكرنا الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على أكثر من الدين من جنسه فى دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل وان كان أقل من عشرة دراهم لانه لا موجب له فى المال وانما يجب بالعقد فيتقدر بتقديرهما بخلاف النكاح حيث لا تجوز تسمية ما دون العشرة فيه لانه مقدر به شرعا ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز كيفما كان لعدم الربا الا أنه يشترط القبض فى المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا فى الذمة كيلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ ولو قضى القاضى بأحد مقادير الدية فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لان الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من مقادير الدية كجنس آخر فأمكن الحمل على المعاوضة بخلاف الصلح عليها ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة قضاء القاضى فكما لا يجوز للقاضى أن يقضى بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز لهما أيضا أن يصطلحا عليها لما يلزم من الربا على ما ذكرنا ولو صالح على خمر فسد الصلح ووجبت عليه الدية لان هذا صلح عن مال

الدار بحصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باق ولو صالحه على تسليم الشفعة على دراهم لا يجب المال وبطلت الشفعة لانه لما صالح على بيت منها فقد ذكر فى الصلح ما يصح أخذه لو كان معلوما ألا ترى أنه لو سمى ربع الدار بربع الثمن جاز الا أنه بطل الاخذ لاجل الجهالة وبقى الحق أما فى الصورة الثانية فشرط فى الصلح ما لا يجوز أخذه فيبطل حقه مجانا الى هنا لفظ الشامل اه اتقانى وكتب على قوله بخلاف الصلح الخ ما نصه راجع باب ما تبطل به الشفعة اه (قوله وكالكفالة بالنفس) يعنى لا يجوز أخذ العوض عنهما وأما الكفالة هل تسقط سيأتى الخلاف فيها بعد ثلاثة أسطر فى كلام الشارح اه (قوله قيل تسقط) أى وهو الاصح نص عليه الشارح فى باب ما تبطل به الشفعة والله الموفق قال الاتقانى فاذا لم يجز الصلح عن الكفالة بالنفس فهل تبطل الكفالة أم لا فيه روايتان فى رواية أبى حفص فى الصلح تبطل وعليه الفتوى وهى رواية كتاب الشفعة وكتاب الحوالة والكفالة وفى رواية أبى سليمان لا تبطل وهى رواية كتاب الصلح من رواية أبى سليمان كذا فى الفتاوى الصغرى قال صاحب التحفة ان الكفيل بالنفس اذا صالح المكفول له بمال معلوم على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل والكفالة لازمة اه (قوله جائز على ما ذكرنا) أى أول الفصل اه وكتب ما نصه قال الاتقانى الا أنه لا يجوز الصلح على أكثر من الدية لئلا تلزم المجاوزة عن التقدير الشرعى اه (قوله الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الديه) أى فى الخطأ فى النفس اه (قوله اذا وقع الصلح (٣٦) على أحد مقادير الدية للربا) وفى المغنى هذا اذا كان الصلح منفردا أما اذا كان الصلح منضما بالصلح عن دم الخطا يجوز وان زاد بدل الصلح على قدر الديتين كما لو صالح ولى قتيل العمد وولى قتيل الخطا من قتل عمدا وقتل خطأ على أكثر من الديتين يجوز ولصاحب الخطا قدر الدية وما بقى لصاحب العمد اه وكتب ما نصه قال شمس الائمة البيهقى فى الكفاية يجوز الصلح من القصاص فى نفسه وما دونه على أكثر من الدية وفى الخطا لا يجوز على الزيادة لان الواجب فى الصورة الاولى ليس بمال فجاز كيفما كان وفى الثانية الواجب يقدر شرعا بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه اه اتقانى (قوله ولو وقع الصلح على غير مقادير الديه) أى عدم صحة الزيادة على قدر الدية فيما اذا صالح عن جناية الخطا على أحد مقادير الدية كالابل والذهب والفضة أما اذا صالح على غير مقادير الدية كالمكيل والموزون جاز الصلح على الزيادة لان عند اختلاف الجنس لا تظهر الزيادة اه اتقانى (قوله كيلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ) أى وهو دين الدية بدين بدل الصلح اه (قوله ولو قضى القاضى الخ) قال الاتقانى وهذا الذى قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدية فيما اذا لم يقض القاضى بذلك أما اذا قضى القاضى بنوع من مقادير الدية ثم صالح عن نوع آخر منها بالزيادة كما اذا قضى القاضى بمائة بعير فصالح على أكثر من مائتى بقرة أو ألف دينار جاز لان تعين الوجوب فى الابل بالقضاء وكان البقر بدلا عنها فجاز كيفما كان قال أبو العباس الناطفى فى آخر كتاب الصلح من الاجناس ناقلا عن نوادر ابن سماعة عن محمد لو صالحه بعد القضاء بمائة من الابل على ثلثمائة بقرة وقبض جاز وان كان قبل القضاء لم يجز (١) وان كان بعد القضاء جاز اذا قبض ثم نقل فى الاجناس عن كتاب الجنايات للحسن بن زياد إذا حكم بالابل ثم صالح على أكثر من مائتى بقرة أو ألفى شاة لم يجز الا أن يكون من غير جنس الدية فيجوز اه ما قاله الاتقانى (قوله لان تراضيهما على بعض المقادير) تعيين للواجب الشرعى ولا يجوز الزيادة على المتعين شرعا اه

(١) قول المحشى وان كان بعد القضاء الخ هكذا فى الاصل وهو مكرر مع أول الفرع كما هو ظاهر اه مصححه

(قوله أو القاذف) الغالب في حد القذف حق الشرع عندنا اهـ (قوله لان النسب حق الولد) قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية المطلقة المبانة ادّعت أن هذا الولد للمطلق وصالح من النسب على مائة لا يصح لانه حق الولد وأيضا لا يمكن أخذ الولد عن النسب ولو ادّعت نكاحا بغير ولد فصالح على مائة لم يجز و يسترد المال ان دفع لان العوض على ترك النكاح من جانب الزوج ليس بمشروع الى هنا لفظه في الكفاية اهـ اتقاني (قوله في المتن ومن نكاح) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو أن رجلا ادّعى على امرأة أنها امرأته فأنكرت ذلك فصالحته على مائة درهم على أن يبرأ من تزويجها الذي ادّعى أجزته اذا قبل و يكون هذا خلعا في حق المدعى وبذل المال والرشوة في حقها لقطع المنازعة ولو أقام بينة على تزويجه بعد الصلح لم يقبل لانه لا يفيد لانه تقرر معنى الخلع وكذلك لو قالت أعطيك مائة درهم على المبارأة أو على أنك برىء من دعواك أو على أنه لا نكاح بيني و بينك كذا في شرح الكافي اهـ اتقاني ﴿فرع﴾ قال محمد في الاصل ولو ادّعى قبله أنه شارب خمر وقال أرفعك الى السلطان فصالحه على مائة درهم على أن يكف عنه أو صالحه على مائة درهم على أن يقر بشرب الخمر فان هذا كله باطل لا يجوز وكذا لو ادّعى أنه زنى بهذه المرأة فصالحه (٣٧) على مائة درهم على أن يكف ولا يرفعه الى السلطان فان هذا كله باطل لا يجوز ألا ترى أنه انما صالحه على حد من حدود الله تعالى ولو ادّعى قبله سرقة متاع فصالحه المدعى عليه قبله على مائة درهم على أن أبرأه من السرقة فهذا جائز لانه ادعى قبله حقا وذلك لان دعوى السرقة دعوى المال لانه انما يصح دعواه في حق المال فصح الصلح فيه على مال يأخذه المدعى كما في سائر المواضع ثم قال في الاصل ولو صالحه على مائة درهم على أن يقر له بالسرقة ففعل ذلك فان كانت العروض قائمة بعينها فالصلح جائز وان كانت مستهلكة فالصلح باطل هذا لفظ محمد في الاصل في باب دعوى الجراحات والحدود وتفسيره ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الصلح في دعوى القصاص والحد من شرح الكافي فان كانت العروض قائمة بعينها جاز لانه يكون بيعا لذلك العرض في زعمه بمائة درهم وان كانت مستهلكة لم يجز لانه يكون بيع الدراهم بدراهم أقل منه أو أكثر ثم قال في الاصل والصلح في الحدود كلها على مال وغير مال مردود فلا يجوز اهـ اتقاني رحمه الله (قوله فكان صحيحا) والمراد من جواز الصلح نفاذه في الظاهر فأما فيما بينه و بين الله تعالى فان كان على خلاف ما قال لا يحل له أخذه كذا في شرح الاقطع اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني ورأيت في نسخة ثقة من نسخ القدوري مكتوبة في تاريخ خمس وعشرين وخمسمائة عدم الجواز قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها لم يجز قال صاحب الهداية وجه الاول أي الجواز أن يجعل زيادة في مهرها وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر والاصح هو الوجه الثاني وهو الذي أثبته واعتمد عليه في شرحه الشيخ أبو نصر البغدادي لا غير وقد روينا ذلك أيضا عن الكفاية قبل هذا ونص الكرخي على بطلان الصلح في مختصره اهـ (قوله في بعض نسخ المختصر) أي مختصر القدوري اهـ (قوله لانه لو) أي لو دفع اليها المال لتترك الدعوى و يجعل الخ اهـ (قوله على ما كان عليه قبله) أي فلا يكون ما أخذته عوضا عن شىء

فيكون نظير الصلح عن سائر الديون وما دون النفس معتبر بالنفس فيلحق ما يوجب القصاص فيه بالعمد في النفس وما يوجب المال فيه بالخطا فيها ثم لا يختلف هذا الحكم في هذه الاشياء بين أن يكون عن اقرار أو انكار أو سكوت لما ذكرنا من المعنى وانما يختلف فيها السبب من معاوضة أو افتداء يمين قال رحمه الله (بخلاف الحد) يعني بخلاف ما اذا صالح عن دعوى حد بأن رفع الزاني أو شارب الخمر أو القاذف فصالح هو الرافع حتى يترك الدعوى لا يجوز الصلح فله أن يرجع بما دفع لان الحدود حق الله تعالى لا حق الرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ولهذا لو ادّعت المرأة أن ولدها من زوجها المطلق فأنكر وصالحها على شىء حتى تترك الدعوى كان الصلح باطلا لان النسب حق الولد وكذا لو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شىء كان الصلح باطلا لان الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد بخلاف ما اذا صالح الامام عنه على مال حيث يجوز لان للامام ولاية عامة وله أن يتصرف في مصالحهم فاذا رأى في ذلك مصلحة ينفذ لان الاعتياض من المشترك العام جائز من الامام ولهذا لو باع شيأ من بيت المال صح بيعه و بخلاف ما اذا كان ذلك في طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز في حقه لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط به حقه ثم يتوصل الى تحصيل رضا الباقين فيجوز قال رحمه الله (ومن نكاح) أي يجوز الصلح عن دعوى النكاح هذا اذا كان الرجل هو المدعي والمرأة تنكر لانه أمكن اعتبار الصحة فيه بأن يجعل في حقه في معنى الخلع لان أخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه على ما مر ذكره وفي حقها الافتداء اليمين وقطع الخصومة فكان صحيحا وان كانت هي المدعية والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ المختصر أنه لا يجوز لانه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لم يسلم له شىء في هذه الفرقة وهي يسلم لها المال والنفس وان لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله فتكون هي على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا لقطع الخصومة

فلا يصار اليه وذكر فى بعضها أنه يجوز لانه يجعل كأنه زادها على مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة قال رحمه الله (والرق وكان عتقا على مال) يعنى الصلح جائز عن دعوى الرق وكان فى حق المدعى بمعنى العتق على مال وفى حق الآخر لدفع الخصومة لانه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار فجاز ولهذا يصح على حيوان فى الذمة الى أجل كالكتابة اعتبارا لزعم المدعى فان الحيوان يثبت فى الذمة فى معاوضة المال بغير المال كالنكاح والخلع غير أنه لا ولاء له عليه لانه ينكر العتق و يدعى انه حرّ الاصل الا أن يقيم المدّعى البينة بعد ذلك فتقبل بينته فى حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لانه حصل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا وكذا فى كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدّعى لانه بأخذ البدل باختياره نزل بائعا وكل موضع وقع فيه الصلح والمدّعى كاذب فيه لا يحل له فيما بينه و بين الله تعالى أخذ العوض عنه ونظيره المقرّ له اذا كان يعرف أن المقرّ كاذب لا يحل له الا اذا سلمه اليه بطيبة نفسه فيكون حينئذ هبة مبتدأة فيطيب له قال رحمه الله (وان قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه عنه جاز) أى لو صالح العبد المأذون له ولى المقتول عن عبده جاز وعن نفسه لا يجوز وانما جاز عن عبده دون نفسه لان المأذون له لا يجوز له أن يتصرف الا فيما هو من باب التجارة ولا ينفذ تصرفه فى غيره وتصرفه فى نفسه ليس من التجارة فلا ينفذ فى حق المولى اذا كان بعوض لانه تصرف فى مال الغير بغير اذنه وهو المولى ولهذا لا يجوز له أن يبيع نفسه و يصح بينه و بين الولى حتى لا يجوز له قتله بعد العفو لانه مكلف فيصح تصرفه فى حق نفسه ولا يجب عليه البدل للحال لانه وما فى يده مال المولى و يتأخر الى ما بعد العتق كالامة اذا طلقها زوجها على مال فقبلت وقع عليها الطلاق بائنا لانه بعوض و يجب عليها المال بعد العتق كأنه طلق أو صالح على دين مؤجل وتصرفه فى عبده من باب التجارة لان استخلاصه كشرائه لانه باستحقاقه القتل صار كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له أن يشتريه فكذا له أن يستخلصه بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يصالح عن نفسه لانه كالحر لخروجه عن يد المولى ولهذا لو ادّعى أحد رقبته كان هو الخصم فيه واذا جنى عليه كان الارش له وكذا اذا قتل لا تكون قيمته للمولى بل لورثته حتى تؤدّى بها كتابته و يحكم بحريته فى آخر حياته و يكون الفضل لهم فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون له فلا يجوز صلحه عن نفسه قال رحمه الله (ولو صالح عن المغصوب المتلف بما زاد على قيمته أو على عرض صح ولو أعتق موسر عبدا مشتركا فصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته لا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الصلح فى المغصوب أيضا على أكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس فى مثله لان القيمة هى الواجبة فى ضمان العدوان لانها هى التى يمكن وجوبها فى الذمة دون العين اذ العين ليست من ذوات الامثال فيكون ما وقع عليه الصلح بمقابلة ما وجب فى الذمة وهى القيمة لا بمقابلة العين فيصير ما زاد عليها ربا وهذا لان العين قد هلكت ولم يبق لها أثر فلا يمكن أن يقابلها شىء ولو أمكن لجاز بيعها فصار بمقابلة القيمة ضرورة وهى

فلا يجوز و يلزمه ارده اهـ اتقانى (قوله فى المتن والرق) أى بان ادّعى على رجل مجهول الحال أنه عبده فأنكر ثم صالحه اهـ (قوله لا ولاء له عليه) قال محمد فى الاصل وكذلك لو قال أصالحك من دعواى على وصيف الى أجل أو على كذا من الغنم الى أجل كان ذلك جائزا وكذلك الحيوان كله والثياب والعروض وكل شىء يجوز فيه المكاتبة فهو فى هذا الباب جائز ولو أخذ منه كفيلا بذلك لزم الكفيل الكفالة ولا يشبه هذا المكاتبة لانه هنا قد عتق حين وقع الصلح الى هنا لفظ محمد فى الاصل اهـ اتقانى رحمه الله (قوله لان المأذون له) أى المأذون له يملك التصرف فيما هو من كسبه وتجارته ورقبته ليست من كسبه وليست هى من تجارته ولهذا لا يملك بيع نفسه وانما هى للخدمة ولهذا لا تجب الزكاة على مولاه فى رقبته وانما عليه صدقة الفطر وكان التصرف فى رقبته الى مولاه لا اليه اهـ اتقانى (قوله و يصح بينه) أى الصلح جائز بين المكاتب المأذون وولى المقتول (قوله فى المتن ولو صالح عن المغصوب المتلف الخ) قيد بالاتلاف حتى لو كان قائما يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع ثم هذا الخلاف فيما اذا لم يقض القاضى بالقيمة على الغاصب أما بعد القضاء لو صالح على أكثر منها لا يجوز بالاجماع اهـ معراج وكتب ما نصه قال فى الهداية قال ومن غصب ثوبا يهوديا دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه قال الاتقانى أى قال فى الجامع الصغير ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا غصب عبدا فهلك فى يده فصالحه على مال ثم أقام الغاصب البينة على أن قيمته أقل مما صالح عليه بكثير لم تقبل بينته فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تقبل بينته و يرد زيادة القيمة على الغاصب اذا كان العبد مستهلكا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى اهـ (قوله وهذا) أى جواز الصلح فى مسئلة الغصب وعدم جوازه فى مسئلة العتق قول أبى حنيفة وأما عندهما فلا يجوز الصلح فى المسئلتين ومحل عدم جواز الصلح عندهما فى المسئلة الاولى وعدم جوازه فى المسئلة الثانية على قول الكل ما اذا لم يقع الصلح على عرض أما اذا وقع على عرض فانه يجوز اتفاقا كما سيصرح الشارح به فى آخر هذه المقالة فتنبه له والله الموفق اهـ قوله فى آخر هذه المقالة أى مقالة الشرح

(قوله وضمان العتق الخ) هذه المسئلة الثانية التي ذكرها في المتن وهي متفق عليها اهـ (قوله لا تجوز الزيادة على مقادير الدية) أي كما إذا صالح من الدية على أكثر من ألف دينار أو من عشرة آلاف درهم لا يجوز اهـ (قوله وصار كما إذا حكم الحاكم) قال الاتقاني وكما إذا قضى القاضي للشفيع بأكثر من الثمن الذي اشترى به ورضي المشتري لم يجز ثم قال وكما لو قضى القاضي بقيمة المغصوب على الغاصب ثم صالح على أكثر من القيمة لا يجوز بالاتفاق اهـ (قوله وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال الخ) قال الاتقاني أو نقول ان حق المغصوب منه في المثل صورة ومعنى لانه هو الاصل في ضمان العدوان وانما ينقل عنه الى المثل معنى وهو المثل بالقيمة عند القضاء فقبل القضاء اذا اصطلحا على الاكثر لا يلزم الربا لان ذلك اعتياض عن حقه في العين لا استيفاء لعين حقه بأكثر منه فلا يتحقق الربا بخلاف ما اذا كان الصلح على الاكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة لانه تقرر الحق فيها فتكون الزيادة ربا لا محالة وبخلاف الدية فانها مقدرة شرعا فلم تجز الزيادة على ذلك لئلا يلزم تغيير الثابت شرعا وبخلاف مسئلة الشفعة أيضا فان المشتري مجبور على ازالة الملك الى الشفيع بثمن مقدر وهو الثمن الذي تام عليه فكان ذلك متعينا فلا يملك التغيير بالزيادة على ذلك وبخلاف ضمان العتق لانا نقول لا نسلم أنه لا يجوز الصلح على أكثر من قيمة نصف العتق على قول أبي حنيفة لان بعض أصحابنا منعوا ذلك على قول أبي حنيفة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولئن سلمنا ذلك فنقول لا يرد ذلك علينا لانه ثمة حق الساكت مقدر في القيمة شرعا لا يحتمل المزيد قال النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق عبدا بينه وبين شريكه قوم العبد قيمة عدل لا وكس فيه ولا شطط فان كان المعتق موسرا فعليه خلاصه والاسعى العبد فيه وفيما نحن فيه لم يوجد التقدير شرعا اهـ (قوله كما في حال قيام العين) قال الاتقاني وان كان المغصوب قائما فالصلح على أكثر من القيمة جائز في قولهم لانه بيع اهـ وقد تقدم الحكم فيما اذا كان قائما عن الكاكي أيضا اهـ (قوله كان عاوكاله) ولو كان اكتسب كسبا كان الكسب له ولو كان الغصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته كان للمغصوب منه وانما ملك الكسب بملك الاصل اهـ اتقاني (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت الى آخر الحديث) قال الاتقاني والدليل ان حقه لم ينقطع فيه أيضا انه لو صالح من القيمة على مكيل غير معين وقبض في المجلس صح ولو كان الحق منقطعا ووجبت القيمة عينا لما صح لانه يكون سلما فلابد من شرائط عقد السلم اهـ قوله لم ينقطع فيه أي في المغصوب اهـ (قوله وانما لا يجوز الخ) جواب عن قوله ولهذا لو صالح على شيء موصوف الخ اهـ (قوله ولو وقع الصلح على عرض الخ) قال الاتقاني في ذيل وجه قولهما في المسئلة الأولى أي مسئلة الغصب بخلاف ما اذا صالح على عرض قيمته أكثر من قيمة المغصوب فانه يجوز لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف الغبن اليسير فانه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعتد ذلك فضلا فلم يكن ربا اهـ

مقدرة فلا تجوز الزيادة عليها كما قلنا في الصلح عن قتل الخطا وضمان العتق لا تجوز الزيادة على مقادير الدية وعلى نصف القيمة وصار كما اذا حكم الحاكم بالقيمة ولهذا لو صالح على شيء موصوف في الذمة غير الدراهم والدنانير الى أجل لا يجوز ولو كان بدلا عن العين لجاز ولابي حنيفة رحمه الله أن الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما اذا كانت قائمة حقيقة وهذا لان الواجب في ذمته المثل من كل وجه وذلك هو المثل صورة ومعنى ولهذا يجب عليه ذلك في المقدرات فكذا في العين لان وجوبها في الذمة ممكن ألا ترى أن الحيوان والثياب وغيرهما من غير المقدرات يجب في الذمة في النكاح والكتابة والخلع والدية وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال فكذا في المغصوب اذ لا تعذر في نفس الوجوب الا أن عند الاخذ يصار الى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لان الآخذ والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في حق الوجوب لان الموجب هو الله تعالى وهو عالم به فكان الواجب مثله فاذا أخذ عوضه أكثر من قيمته فلا يكون ربا لانه ليس من أموال الربا كما في حال قيام العين أو نقول ان العين بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه ما لم يضمنه أو يتقرر حقه في القيمة بحكم الحاكم ألا ترى أنه لو اختار ترك التضمين بقي العين في ملكه حتى يجب الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من إباقه كان على ملكه فاذا كان كذلك فالضمان يكون عوضا عن العين ولا ربا فيها كما في حال قيام العين أو نقول ان الواجب في الاصل رد العين لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وانما يصار الى القيمة عند الضرورة وهي في حق الاخذ ولا ضرورة في جعل المأخوذ بدلا عن القيمة لامكان جعله بدلا عن العين والدية مقدرة شرعا على ما بينا وكذا ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا تجوز الزيادة عليه لان تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه يتقرر فكذا ما هو فوقه وانما لا يجوز الصلح على موصوف في الذمة غير النقدين الى أجل لان المستهلك لا يوقف على أثره وما لا يوقف على أثره يكون في حكم الدين والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف اذا كان مؤجلا حتى لو لم يكن مؤجلا وقبضه في المجلس جاز ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لما جاز الا اذا كان معينا لانه يكون مبيعا حينئذ وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز في غير السلم ولو وقع الصلح على عرض جاز في جميع ما ذكرنا من المقدرات لانه ليس عين الواجب وانما هو بدل عنه بالاجماع قال رحمه الله (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه

مالم يضمنه بل يلزم الموكل) هذا اذا صالح عنه عن انكار أو سكوت أو عن اقرار في دم عمد أو فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين لان الوكيل في هذه الاشياء سفير ومعبر وهذا لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق وكذا الصلح عن القود وأما الصلح عن بعض الدين فاسقاط محض فصارت هذه الاشياء بمنزلة الطلاق على مال ولهذا جاز هذا الصلح من الاجنبي كما يجوز الخلع منه فلا يلزم الوكيل شئ الا بالالتزام كالوكيل في النكاح غير أنه اذا ضمن هنا وأدّى عنه يرجع على الموكل وفي النكاح لا يرجع لان الامر بالصلح عنه أمر بالاداء عنه ليفيد الامر فائدته اذ الصلح عنه جائز بغير أمره فكان فائدة أمره الرجوع عليه اذا ضمن عنه بخلاف النكاح لانه لا ينفذ عليه من الاجنبي فكان فائدة الامر فيه الجواز ثم ان ضمن بعد ذلك وأدّى يكون متبرعا والأمر بالخلع مثل الامر بالصلح حتى يرجع على الآمر ان ضمن وأدّى عنه وأما اذا صالح عنه فيما يحمل على المعاوضة بأن كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لان الوكيل أصيل في المعاوضة المالية فترجع الحقوق اليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل قال رحمه الله (وان صالح عنه بلا أمر صح ان ضمن المال أو أضاف الى ماله أو قال على ألف وسلم والا توقف فان أجازه المدّعى عليه جاز والا بطل) وهذه المسئلة على أربعة أوجه لانه لا يخلو إما أن ضمن المال أولا فان لم يضمن فلا يخلو إما أن أضاف الذى وقع عليه الصلح الى نفسه أولا وان لم يضف فلا يخلو إما أن سلم العوض أولا فالصلح جائز في الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى نفسه ولم يسلمه الى المدّعى أما الوجه الاول وهو ما اذا صالح عنه بغير أمره وضمن المال فالصلح فيه جائز لان الحاصل للمدّعى عليه ليس الا البراءة وفي مثله يستوى المدّعى عليه والاجنبي لانه لا يسلم للمدعى عليه شئ كما لا يسلم للاجنبي ومع ذلك جاز اشتراط بدل الصلح على نفسه فكذا للاجنبي والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحق لا رضا المدعى عليه اذ لا حظ له فيه لان الوضع مفروض فيما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص واخواته على ما بيناه آنفا والمدعى ينفرد

بهذه

(قوله في المتن مالم يضمنه) فأما اذا ضمن فانه يجب عليه بحكم الكفالة والضمان لا بحكم العقد قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو ادّعى في دار رجل دعوى فصالحه عنه آخر فاذا أضاف الصلح الى الذى في يديه الدار سواء كان عن اقرار أو عن انكار ان كان بأمره فالضمان على الآمر ولا شئ على المصالح والمصالح عنه سالم للذى في يديه لانه أخرج الكلام مخرج الرسالة حيث أضاف الصلح الى غيره بقوله صالح فلانا ولا عهدة على الرسول وكذلك ان قال صالحتك ولم يذكر فلانا فهو بمنزلة الاضافة الى فلان لان الصلح لقطع الخصومة والخصومة بين المدّعى وبين فلان فصار هذا والاضافة اليه سواء وان أضاف الى نفسه بأن قال صالحنى فقد جعل نفسه أصلا في العقد فيؤخذ به ثم يرجع بما ضمن على الآمر لوقوع حكم العقد له وكذلك لو لم يضف الى نفسه ولكن ضمن أو أضاف الى مال نفسه بأن قال صالحتك على مائة درهم من مالى أو على عبدى هذا لانه لما التزم المال فقد جعل نفسه أصلا وانه يصلح أصلا في هذا العقد ثم يرجع بما ضمن على الآمر لانه بمنزلة الوكيل بالشراء أو بمنزلة الوكيل بالخلع وفي الموضعين الجواب هكذا الى هنا لفظ شرح الكافي اه اتقانى (قوله سفير ومعبر) ولا تتعلق حقوق العقد بالسفير كما في الوكيل بالنكاح اه اتقانى (قوله في المتن وان صالح عنه) أى عن المدّعى عليه اه (قوله في المتن بلا أمر صح) أى ان صالح الاجنبى عن المدّعى عليه بلا أمره في شئ مما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص صح الخ اه (قوله فلا يخلو إما أن أضاف) أى المصالح الشئ اه (قوله جائز في الوجوه كلها) أى ولزمه تسليمها الى المدّعى ولا يرجع بشئ منها على المدّعى عليه لانه متبرع وصار كالكفالة بغير أمر المديون اه ابن فرشتا (قوله فالصلح فيه جائز) قال الاتقانى وذلك ان المال وان لم يجب عليه بعقد الصلح يجب بالضمان ويلزم بضمانه للمدّعى لان قضاء دين الغير بغير اذنه جائز لان الصلح بطريق الاسقاط يصح والساقط يتلاشى فيستوى فيه الفضولى والمدّعى عليه فيصلح الاجنبى أصيلا في حق الضمان اذا أضاف الضمان الى نفسه بأن قال صالحنى على ألف على انى ضامن كالزوج اذا خالع امرأته مع أجنبى فضولى من جانب المرأة وضمن الاجنبى ذلك كان بدل الخلع عليه وكان أصيلا في الضمان ومتبرعا على المدّعى عليه باسقاط الخصومة فكذا هنا قال في التحفة فأما اذا كان بغير اذنه فهذا صلح الفضولى وهو على أربعة أوجه في ثلاثة منها يصح الصلح ويلزم المال على المصالح الفضولى ولا يجب على المدّعى شئ بأن يقول الفضولى للمدّعى أصالحك من دعواك هذه على فلان بألف درهم على انى ضامن لك هذه الالف أو على هذه الالف وهما فصل واحد أو قال على ألفى هذه أو على عبدى هذا أضاف المال الى نفسه أو عين البدل فقال على هذه الالف على هذا العبد وانما كان هكذا لان التبرع باسقاط الدين بأن يقضى دين غيره بغير اذنه صحيح والتبرع باسقاط الخصومة عن غيره صحيح والصلح عن اقرار اسقاط الدين والصلح عن انكار اسقاط للخصومة فيجوز كيفما كان وفي فصل واحد لا يصح بأن قال أصالحك من دعواك هذه مع فلان على ألف درهم أو على عبد وسط فان هذا الصلح موقوف على اجازة المدّعى عليه ان أجاز يصح ويجب المال عليه دون المصالح لان الاجازة بمنزلة ابتداء التوكيل والحكم في التوكيل كذلك وان لم يجز يبطل الصلح لانه لا يجب المال والمدّعى لا يسقط اه

بهذه الامور غير انه لم يرض بسقوط حقه مجانا فاذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح ولزم لتمام رضاه والا توقف على اجازة المدعى عليه وسلامته تكون بالضمان لانه لم يلزمه بالعقد لكونه سفيرا فيه يلزمه بالضمان لولايته على نفسه فتم رضاه به وكذا بالاضافة الى نفسه بأن يقول صالحتك على ألفي هذه أو على عبدى هذا لان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه فصار كالوضمن فيصح لتمام رضاه به والمعرف المشار اليه بأن قال صالحتك على هذا العبد أو على هذا الالف كالمضاف الى نفسه لانه تعين التسليم اليه بشرطه فيتم به الصلح وكذا بتسليم العوض اليه بأن عقد المتبرع عقد الصلح بأن قال صالحتك على ألف ولم يضمن ولم يضفه الى نفسه ولكنه سلم اليه العوض المشروط لانه بالتسليم حقيقة تم رضاه فصار فوق الضمان والاضافة الى نفسه فاذا حصل له العوض فى هذه المواضع الثلاثة تم رضاه به وبرئ المصالح عنه ولم يحصل للصالح شئ لانه سفير ومعبر بخلاف ما اذا صالح عن عين فى يد المدعى عليه وهو مقر به انه للمدعى حيث يملك المتبرع العين لانه معاوضة من كل وجه فيكون مشتريا لنفسه من مالكه فيملكه اذ الشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا بل ينفذ عليه ولو استحق العوض فى الوجوه التى تقدمت أو وجده زيوفا أو ستوقا لم يرجع على المصالح لانه متبرع التزم تسليم شئ معين ولم يلتزم الايفاء من غيره فلا يلزمه شئ آخر لم يلتزمه اذ ليس على المحسنين من سبيل ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجانا الا فى صورة الضمان فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار دينا فى ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور والرابع أن يصالحه على ألف ولم يضمن ولم يضف العوض الى نفسه بأن قال صالحتك على ألف فالحكم فيه أن يكون موقوفا لانه لم يسلم للمدعى عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه به فان أجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل لان المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه والخلع فى جميع ما ذكرنا من الاحكام كالصلح وجعل فى بعض شروح الجامع فى باب الخلع الالف المشار اليها والعبد المشار اليه مثل الالف المنكر حتى جعل القبول الى المرأة والله أعلم

﴿باب الصلح فى الدين﴾

قال رحمه الله (الصلح عما استحق بعقد المداينة أخذ لبعض حقه واسقاط للباقى لا معاوضة) هكذا ذكر فى نسخ هذا المختصر بقوله عما استحق وهذا سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه واسقاطا للباقى وانما يكون كذلك أن لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين ألا ترى أنه لو وقع عن الدين بجنس آخر يحمل على المعاوضة والصواب أن يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة الخ فانه يكون أصلا مطردا لا يرد عليه نقض وهكذا ذكر القدورى رحمه الله فى مختصره بقوله وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وذكر بعضهم أن الاحسان متى وجد من أحد الجانبين يكون تبرعا وان وجد من الجانبين يكون معاوضة وانما لا يحمل على المعاوضة اذا وقع على بعض الدين لان فى حمله عليها افساد العقد للربا وفى حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقى جوازه فكان أولى حملا لامور المسلمين على الصحة ما أمكن وظاهر حاله يدل على ذلك لانه يطلب الصحة دون الفساد اذ عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب محظور دينه قال رحمه الله (فلو صالح عن ألف على نصفه أو على ألف مؤجل جاز) لانه يجعل مستوفيا لنصف حقه ومسقطا النصف فى الاولى وفى الثانية يجعل كأنه أجل نفس الحق تحريا للجواز ولو حمل على المعاوضة لفسد لان بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد فلا يصار اليه وكذا لو صالحه عن الالف على خمسمائة مؤجلة جاز كأنه أبرأه عن النصف وأخر النصف وعلى هذا لو صالح عن ألف جياد على خمسمائة زيوف حالة أو مؤجلة جاز فيجعل مسقطا للقدر والصفة ومستوفيا للبعض حقه أو مؤخرا

(قوله ولم يحصل للصالح شئ) أى من المدعى أى لا يصير الدين المدعى به ملكا للصالح اه

﴿باب الصلح فى الدين﴾

قال الكاكى رحمه الله لما ذكر حكم الصلح على العموم ذكر فى هذا الباب حكمه عن دعوى خاص وهو دعوى الدين اذ الخصوص بعد العموم اه وقال الاتقانى لما ذكر الصلح مطلقا فى عموم الدعاوى ذكر هنا الصلح فى الدين لانه صلح مقيد والمقيد بعد المطلق لان القيد وصف زائد فى الذات اه فتأمل فى أولى العبارتين اه (قوله فى المتن أو على ألف مؤجل) يعنى لو صالح الطالب عن ألف درهم حالة على المطلوب على ألف درهم مؤجل جاز وذلك لما قلنا أن أمور المسلمين محمولة على الصحة فلو حملنا ذلك على المعاوضة يلزم بيع الدراهم بالدراهم نساء وذلك لا يجوز لانه بيع الدين بالدين لان الدراهم الحالة والدراهم المؤجلة ثابتة فى الذمة والدين بالدين لا يجوز لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالئ بالكالئ فلما لم يمكن حمله على المعاوضة حملناه على التأخير تصحيحا للتصرف لان ذلك جائز لكونه تصرفا فى حق نفسه لا فى حق غيره اه اتقانى

لان من استحق الجياد يستحق الزيوف ولهذا لو تجوّز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز لان المبادلة برأس مال السلم وبدل الصرف لا تجوز بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له ألف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقي لانه لا يستحق الجياد فيكون معاوضة ضرورة فلا يجوز التفاضل فيها لان جيدها ورديئها سواء على ما عرف في موضعه وكذا لو كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لا يجوز لانه لا يستحق الحال فلا يمكن حمله على انه أخذ عين حقه فيكون مبادلة بالضرورة فلا يجوز الا مثلا بمثل لما ذكرنا قال رحمه الله (وعلى دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل أو سود على نصف حال أو بيض لا) يعني لو صالحه عن ألف درهم على دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل على خمسمائة حالة أو عن ألف سود على خمسمائة بيض لا يجوز لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تأجيله ومن له دين مؤجل لا يستحق الحال وكذا من له دراهم سود لا يستحق البيض لانها أجود على ما بينا فيكون أخذها بطريق المعاوضة لا بطريق الاستيفاء وشرط صحة المعاوضة في الجنس المتحد القدر المساواة ولم توجد فلهذا بطل الصلح حتى لو صالحه على ألف حالة عن الالف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه في المجلس لوجود المساواة في القدر وهو المعتبر في الصرف دون المساواة في الصفة ولو كان عليه ألف فصالحه على طعام موصوف في الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالة أو مؤجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتأجيلا للمائة التي بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فساده ولان جهة الاسقاط أرجح لان الصلح مبني على الاغماض ولهذا جاز عن المجهول والاصل في جنس هذه المسائل أنه متى كان الذي وقع عليه الصلح أدون من حقه قدرا ووصفا ووقتا أو في أحد هذه الاشياء فهو اسقاط للبعض واستيفاء الباقي لانه استوفى دون حقه وان كان أزيد منه بمعنى انه دخل فيه ما لا يستحقه من وصف أو ما هو بمعنى الوصف كتعجيل المؤجل ومن اختلاف جنس فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء في غير المستحق فيشترط فيه

شروط

(قوله لان من استحق الجياد استحق الزيوف) قال الاتقاني رحمه الله لان المستحق للجياد مستحق لما دونها ألا ترى أنه لو أخذ السود من مال غريمه بدون رضاه جاز ولم يجبر على الرد ولو أخذ البيض مكان السود بدون أمره لم يجز ويجبر على الرد اهـ (قوله وكذا لو كان له ألف مؤجل فصالحه على خمسمائة حالة لا يجوز) هذه المسئلة تأتي في المتن بعد أسطر اهـ (قوله لانه لا يستحق الحال) أي بعقد المداينة كان حقه في المؤجل اهـ اتقاني (قوله فيكون مبادلة بالضرورة الخ) وبيع خمسمائة بألف لا يجوز لانه ربا أو نقول انه اعتياض عن الاجل وانه باطل لان تعجيل الخمسمائة التي كانت مؤجلة في الاصل تكون بمقابلة الخمسمائة المحطوطة المؤجلة فيكون اعتياضا عن الاجل قال الحسن بن زياد في كتاب المجرد أخبرنا أبو حنيفة عن زياد بن ميسرة عن أبيه قال كان لرجل عليّ مال الى أجل فسألني أن أعجل ويضع عني بعضه فذكرت ذلك لابن عمر فنهاني وكان أبو حنيفة يأخذ بهذا الحديث وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي ولو كان له عليه ألف درهم الى أجل فصالحه منها على خمسمائة درهم ودفعها اليه لم يجز وعلى قياس قول أبي يوسف ينبغي أن يجوز لانه احسان في القضاء بالتعجيل واحسان من صاحب الدين في الاقتضاء بحط بعض حقه لكنا نقول هذا احسن اذا لم يكن أحدهما مشروطا في الآخر فاذا شرط أحدهما في مقابلة الآخر دخل فيه معاوضة فاسدة فكان فاسدا وروى أن رجلا سأل ابن عمر عن ذلك فنهاه ثم سأله فنهاه ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وعن الشعبي مثل ذلك وعن ابراهيم أنه قال لا بأس بذلك انما هو حط بعضه عنه وأبو يوسف أخذ بقوله الى هنا لفظ شرح الكافي اهـ اتقاني رحمه الله (قوله أو عن ألف مؤجل) هذه المسئلة قد تقدمت بسطر في كلام الشارح فانظر الى ما قبل هذه القولة نقلا عن الاتقاني رحمه الله فيها فانه مفيد اهـ (قوله أو سود) قالوا المراد من الدراهم السود هي الدراهم المضروبة من النقود السوداء اهـ اتقاني (قوله أخذها بطريق المعاوضة الخ) فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف فكان ربا على قدر الدين اهـ (قوله ولو كان عليه ألف درهم الخ) قال في الهداية ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح قال الاتقاني ذكره تفريعا على مسئلة القدوري وذلك لان المائة لما كانت مستحقة بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فحمل على أنه أسقط حقه في الدنانير أصلا وأسقط حقه في الدراهم الا مائة واذا كان كذلك جاز التأجيل في المائة لانها ليست بعوض بل هي نفس ما كانت في الذمة قال في شرح الكافي وان كان لرجل على رجل مائة درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك على خمسين درهما وعشرة دنانير الى شهر جاز لانه حط بعض حقه قدرا وبعضه وصفا وقد ذكرنا أن الحط لا يقف على استيفاء ما بقي وكذلك لو صالح من ذلك على خمسين درهما الى أجل أو حال لانه حط أحد حقيه أصلا والآخر بعض حقه والاصل في جنس هذه المسائل أن ما دار بين أن يكون استيفاء وصرفا يجعل استيفاء لانه دون الصرف لان الصرف عقد مبتدأ له أحكام مبتدأة والاستيفاء متمم لما يقتضيه العقد فكان حمل التصرف عند التردد عليه أولى اهـ

شروط المعاوضة وإنما كان تعجيل المؤجل كالوصف لأن المعجل خير من المؤجل ولهذا ينتقص الثمن لأجله فيكون الحط بمقابلة الأجل فيكون ربا فلا يجوز إلا إذا صالح المولى مكاتبه عن ألف مؤجلة على خمسمائة حالة فإنه يجوز لأن معنى الارفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال ولكنه ارفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب إليه في الشرع ومساهلة من المكاتب فيما بقي قبل حلول الأجل ليتوصل به إلى شرف الحرية وهو أيضا مندوب إليه في الشرع قال رحمه الله (ومن له على آخر ألف فقال أد غدا نصفه على أنك بريء من الفضل ففعل برئ وإلا لا) أي إن لم يؤد غدا النصف وهو خمسمائة لا يبرأ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبرأ وإن لم يؤد ولا تعود إليه خمس المائة الساقطة أبدا لأن اشتراط الأداء ضائع لأن النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه إذا المال عليه حال فبطل التعليق وصار إبراء مطلقا وهذا لأنه جعل أداء خمس المائة عوضا لأن كلمة على للمعاوضة والأداء لا يصلح عوضا لأنه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر للإبراء عوضا سواه والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيئا فصار وجوده كعدمه فحصل الإبراء مطلقا كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني خمسمائة غدا بخلاف ما إذا قال فإن لم تنقد غدا فلا صلح بيننا لأنه مقيد وهو تعليق الفسخ بعدم النقد فإنه بمنزلة خيار الشرط ولهذا جاز في البيع أيضا على ما مر ذكره ولهما أن كلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فتحمل عليه عند تعذر حملها على المعاوضة لما ذكرنا تصحيحا للتصرف فإذا كان للشرط جاز تقييد الإبراء به لأنه يحتمل التقييد به وإن لم يحتمل التعليق به كما في الحوالة فإن الأصيل يبرأ بقيد على صفة وهو سلامة العوض له من المحال عليه فصار كما إذا أبرأه عن البعض بشرط أن يعطيه كفيلا بالباقي أو رهنا فإذا احتمل ذلك وجب حمله عليه لأن للناس غرضا فيه حذار إفلاسه أو توسلا إلى تجارة أربح منه بخلاف ما إذا قدم الإبراء لأنه برئ بالبداءة فلا يعود الدين

(قوله في المتن ومن له على آخر ألف فقال أد غدا الخ) قال الاتقاني وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يكون له على رجل ألف درهم حالة فقال له ادفع إلي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عادت الألف عليه في قول أبي حنيفة ومحمد ولا تعود عليه في قول يعقوب إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال محمد في الأصل إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فقال له أصالحك على أن أحط عنك خمسمائة درهم على أن تعطيني اليوم خمسمائة فصالحه على ذلك فإن أبا حنيفة ومحمدا قالا في ذلك إن أعطاه يومئذ خمسمائة جاز الصلح وإن مضى ذلك اليوم قبل أن يعطيه انتقض الصلح وبطل وكانت الألف عليه على حالها وقال أبو يوسف عليه خمسمائة وهو بريء من الخمسمائة الأخرى إلى هنا لفظ محمد في الأصل (قوله وقال أبو يوسف يبرأ الخ) وجه قول أبي يوسف أن الإبراء حصل مطلقا فتثبت البراءة مطلقا أعطى أو لم يعط فصار كما إذا بدأ بذكر الإبراء وهذا لأن الكلام خارج مخرج المطالبة لا مخرج العوض لأن كلمة على وإن كانت للمعاوضة لا يصلح أداء الخمسمائة عوضا لأن أداء ذلك واجب عليه بقضية السبب السابق وحقيقة المعاوضة إنما تكون إذا استفاد كل واحد منهما شيئا لم يكن استفاده من قبل وإنما استفاده باستحقاق طارئ فلما لم يصلح أداء ذلك عوضا صار ذكره وعدمه بمنزلة فبقي إبراء مطلقا فلم يتقيد الإبراء بشرط سلامة العوض وجه قولهما أن هذا إبراء بشرط مرغوب فيه فيكون إبراء مقيدا بشرط سلامته كما إذا أبرأه على شرط سماه أو قيد الإبراء بشرط الكفالة أو الرهن كما لو قال أبرأتك عن الخمسمائة بشرط أن تعطيني بالباقي اليوم كفيلا أو رهنا فمضى اليوم ولم يعط عاد الألف عليه كما هنا وكالحوالة لما كانت براءة المحيل مقيدة بشرط سلامة الدين من ذمة المحتال عليه فإذا فات هذا الشرط بموت المحتال عليه مفلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل وإنما قلنا ذلك لأنه قد يكون ماله على إنسان متعسر في الأداء فيريد أن يشرط الحط عن بعض بشرط التعجيل في مقابلته حتى يكون ذلك حاملا له على التأجيل وهذا متعارف بين الناس فصار الإبراء مقابلا بالتعجيل فيتقيد بسلامته على سلامة ذلك فصار كما لو شرط شرطا آخر ولأن كلمة على وإن كانت للمعاوضة جاءت على معنى الشرط لأن معنى المعاوضة لا يصح هنا لما قلنا فحملت على الشرط لأن فيه معنى المعاوضة لأن في المعاوضة مقابلة أحد العوضين بالآخر والشرط أيضا يقابل الجزاء فصار الشرط كالمذكور فكأنه قال إن لم تنقد فلا صلح فإذا لم ينقد بطل الصلح اهـ اتقاني (قوله ولهما أن كلمة على تكون للشرط) قال تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا اهـ (قوله جاز تقييد الإبراء به لأنه يحتمل التقييد به) رأيت بخط قارئ الهداية هنا حاشية نصها الفرق بين التقييد والتعليق أن في التقييد لا يستعمل لفظ الشرط صريحا ولهذا لو قال إن أديت أو متى أديت أو إذا أديت لم يصح التقييد وفي التعليق يستعمل لفظ الشرط صريحا هذا من حيث اللفظ والفرق من حيث المعنى أن في تقييد الإبراء بالشرط يحصل الإبراء في الحال بشرط وجود ما قيد به وفي التعليق لا يحصل في الحال لأن المعلق بالشرط معدوم قبله فكان التقييد بمنزلة الإضافة إلى وقت وبيانه مستقصى في أصول شمس الأئمة السرخسي ثم في مسئلتنا لم يستعمل صريح لفظ الشرط ولكن فيه معنى الشرط فلذا سميناه تقييدا لا تعليقا اهـ (قوله حذار إفلاسه) يجوز أن يقع المفعول له معرفة كما في قوله أخرجت مخافة الشر وقوله حذار إفلاسه من هذا القبيل اهـ غاية

(قوله ثم هذه المسئلة على وجوه الخ) قال الاتقاني وأما الوجه الذي لا يبرأ اذا لم يؤدّ ويكون المال عليه وهو الوجه الثاني فهو أن يقول أبرأتك عن خمسمائة على أن تنقدني غدا خمسمائة فان لم تنقدني غدا خمسمائة فالالف عليك فمضى الغد ولم يعطه فالالف عليه بالاتفاق لانه علق لزوم الابراء بشرط ايفاء الباقي قال عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والابراء يجوز أن يتوقف لزومه على شرط مرغوب عرفنا ذلك بآخر كلامه وهو قوله فان لم تنقدني غدا فالالف عليك وهذا لان الابراء فيه معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد فجاز أن يقف لزومه على الشرط اه (قوله فحكمه أنه يبرأ مطلقا) أي بالاجماع اه اتقاني (قوله اذ لم يؤقت له وقتا) أي لانه اذا لم يؤقت له وقتا يكون وقته العمر فلا تنتقض البراءة بعدم الدفع اه اتقاني (قوله أو متى أدّيت) قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو قال للغريم أو للكفيل اذا أدّيت الى خمسمائة أو متى أدّيت أو ان أدّيت أو ان دفعت الى خمسمائة فانت برئ عن الباقي فهذا كله باطل ولا يبرأ عن الباقي وان أدّى اليه خمسمائة سواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر لانه علق البراءة بالشرط صريحا فتبطل كما لو قال ان دخلت الدار فقد أبرأتك بخلاف ما تقدم لانه ما صرح بالتعليق وان كان فيه معنى التعليق وحقيقة الفرق بينهما أن البراءة اسقاط حتى لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك وتعليق التمليك بالشرط باطل كتعليق البيع وتعليق الاسقاط جائز كتعليق الطلاق والعتاق فاعتبرنا شبهة التمليك وقلنا بأنه اذا صرح بالتعليق لا يصح واعتبرنا شبهه الاسقاط وقلنا بالصحة اذا لم يصرح وكذلك اذا قال للكفيل وفيه نوع اشكال لان ابراء الكفيل اسقاط محض ولهذا لا يرتد برده فينبغي أن يصح تعليقه بالشرط الا أن ابراء الكفيل كابراء الاصيل من حيث انه لا يحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف ولا يصح تعليقه بما ليس بمتعارف ولهذا قلنا انه اذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفس المكفول عنه أيضا على أنه ان وافى بنفسه غدا فهو برئ من الكفالة بالمال فوافى بنفسه برئ من المال وان علق البراءة بالايفاء لان هذا تعليق بشرط متعارف فصح اه اتقاني (قوله فحكمه أنه لا يصح) أي الابراء اه

بالشك وفيما نحن فيه لم يبرأ في أوله وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك وهذا لان كلمة على محتملة فعلى تقدير أن تكون للشرط لا يبرأ مطلقا وانما يبرأ بالاداء وعلى تقدير أن تكون للعوض يبرأ مطلقا فلا يبرأ بالشك والاحتمال ثم هذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرنا والثاني أن يصرح بالتقييد بأن يقول صالحتك عن الالف على خمسمائة تدفعها الىّ غدا وأنت برئ من الزيادة على أنك ان لم تدفعها الىّ غدا فلا تبرأ من الباقي فيكون الامر كما قال لانه صرح بما يحتمله اللفظ فلا يزاحمه غيره والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطيني خمسمائة غدا فحكمه أنه يبرأ مطلقا أدّى خمس المائة في الغد أو لم يؤدّ لان البراءة قد حصلت بالاطلاق أوّلا فلا تتغير بما يوجب الشك في آخره على ما ذكرنا في الفرق بين هذه المسئلة والاولى والرابع أن يقول أدّ الىّ خمسمائة على أنك برئ من باقيه ولم يؤقت للاداء وقتا فحكمه أنه يبرأ مطلقا لان هذا ابراء مطلق اذ لم يؤقت له وقتا وليس له غرض صحيح لان الاداء واجب عليه في مطلق الزمان فلا يحمل على التقييد ويحمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضا لان العوض اسم لما استفيد بالعقد والاداء واجب قبله فلغا بخلاف المسئلة الاولى لان الاداء فيها مقيد بعدم الاداء وهو غرض صحيح على ما بينا فيتقيد به والخامس اذا قال ان أدّيت الىّ خمسمائة أو اذا أدّيت أو متى أدّيت فحكمه أنه لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك لانه علك ما في ذمته ولهذا يرتد بالرد بخلاف الطلاق والعتاق لانه اسقاط فيجوز تعليقه بالشرط وبخلاف ما تقدم من أنواع هذه المسئلة لانه لم يعلقها فيها بصريح الشرط وانما أتى بالتقييد فصار كالمضاف الى وقت بل هو مضاف الى الوقت فلا ينافي كونه سببا في الحال فلا يكون معلقا بالخطر من كل وجه قال رحمه الله (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط) يعني بعضه (ففعل صح عليه) لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة

اتقاني (قوله لما فيها من معنى التمليك) أي تعليق التمليكات بالاخطار باطل اه اتقاني (قوله ففعل صح) أي أخر رب الدين أو حط بعض الدين بأن أبرأ المديون عن بعض الدين اه اتقاني وكتب على قوله صح ما نصه حتى لا يتمكن من مطالبته في الحال ولا مطالبة ما حط عنه وعند الشافعي وأحمد يتمكن لان الدين الحال لا يتأجل بتأجيل صاحبه اه من خط قارئ الهداية وكتب أيضا ما نصه قال الاتقاني ولا يقال انه مكره في فعل التأخير والحط لانه لو لم يفعل ذلك كان لا يقر لا بالانسان الاكراه لان الاكراه انما يكون بالعقوبة والحبس ولم يوجد غاية ما في الباب أنه لو لم يفعل لا يقر ولا يلزم من ذلك عدم الجواز لان الصلح على الانكار أجوز ما يكون لان الصلح انما يكون عند المنازعة وهي عند الانكار لا الاقرار اه وكتب أيضا ما نصه في الهداية ومعنى المسئلة أن يقول ذلك سرا أما اذا قال علانية يؤخذ به اه أي يؤخذ المقر بالمال في الحال بلا خلاف لانه اقرار منه بالحق اه ﴿فرع﴾ قال الاتقاني رحمه الله ونختم الفصل بمسئلة ذكرها في شرح الكافي في باب الصلح في الدين قال ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز لان جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح وان صالحه على دراهم فهو فاسد في القياس لانه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه لكني أستحسن أن أجيزه لان الظاهر أنه كان أقل مما عليه لان مبنى الصلح على الحط والاغماض فكان تقديرهما بدل الصلح بشيء دلالة ظاهرة أنهما عرفاه أقل مما عليه وان كانا

البينة أو التحليف فيشكل وهو نظير الصلح مع الانكار لان كل واحد منهما لا ينافي الطوع والاختيار في تصرفه أقصى ما في الباب أنه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (دين بينهما صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب فاشريكه أن يتبع المديون بنصفه أو يأخذ نصف الثوب من شريكه الا أن يضمن ربع الدين) يعني الا أن يضمن المصالح لشريكه ربع الدين لان أحد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين اذ لا تجوز قسمته قبل القبض والمقبوض خير من الدين فقضيته أن يضمنه ربع الدين ولا يكون له سبيل على الثوب كما في فصل الشراء لانه أخذ عوضه لكن الصلح مبني على الحط فلو ألزمناه ربع الدين لتضرر المصالح لانه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين فأثبتنا له الخيار بين أن يرجع على المدين بنصيبه وبين أن يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح واذا رجع على المصالح أثبتنا للمصالح الخيار أيضا بين أن يدفع نصف ما وقع عليه الصلح أو ربع الدين دفعا للضرر عنهما بقدر الامكان بخلاف فصل الشراء والاقتضاء لنفس الدين لان الشراء مبني على المماكسة فالظاهر أنه استوفى قدر حقه بل أكثر فلا ضرر عليه بالرجوع بربع الدين وفي فصل الاقتضاء قد قبض نصف الحق وهو مشترك بينهما لما أن قسمة الدين قبل القبض لا تتصور لانه معنى في الذمة فيأخذ حصته منه اذ لا ضرر عليه فيه فجعلنا المقبوض كأنه عين حقه وان كان غيره حقيقة ولهذا يملكه القابض ويملكه بالقبض لان المقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ثم يضمن لشريكه حصته لما ذكرنا والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما أو قيمة العين المشتركة المستهلكة أو بدل القرض من

لا يعرف ان قدر ما عليه في نفسه اهـ ﴿فصل﴾ هذا الفصل في الدين المشترك قال الاتقاني لما ذكر مطلق الدين شرع في الدين المشترك لان الاشتراك عارض والاصل عدم العارض اهـ وقال بعض الشارحين لما ذكر حكم الدين المفرد شرع في الدين المشترك لان الاثنين بعد الواحد اهـ (قوله كما في فصل الشراء) أي الآتي في المتن وهو قوله ولو اشترى بنصيبه شيأ ضمنه ربع الدين اهـ (قوله لكن الصلح مبني على الحط) ولهذا لا يملك أن يبيعه مرابحة كذا بخط قارئ الهداية اهـ (قوله والاقتضاء لنفس الدين) في نسخة والاقتضاء لنصف الدين اهـ (قوله لما أن قسمة الدين قبل القبض لا تتصور) سيأتي في كلام الشارح قريبا من هذا المحل التعليل لعدم جواز قسمة الدين قبل القبض اهـ قال الاتقاني وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولانهما لو اقتسما الاعيان من غير تمييز لم يصح لعدم التمييز ألا ترى أن صبرة طعام بين شريكين لو قال أحدهما للآخر خذ منها هذا الجانب لك وهذا الجانب لي لم يصح لعدم التمييز وكذلك القسمة فيما في الذمة لما لم يتميز ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عماله في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه وان كان أجود منه فان الجودة لا يعتبر بها في الجنس الواحد ألا ترى أن من عليه الدين اذا أدى أجود منه أجبر صاحب الدين على قبضه وصار كأنه قبض نفس حقه فلزمه أن يعطيه نصفه وان كان المقبوض أردأ منه فلم يسلم له من دينه الا هذا القدر فلم يلزمه ضمان غيره واذا ثبت هذا جئنا الى مسألة الكتاب فقلنا اذا صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه لان الدين ثابت في ذمته فكان له أن يرجع عليه بنصفه كما لو اشترى شريكه بنصيبه ثوبا وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك لان الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع بدليل ما بينا ان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته وأخذه النصف دلالة على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين كذا في شرح الاقطع اهـ (قوله وباعا الكل صفقة واحدة) قال الكاكي رحمه الله ولا بد من قيد آخر وهو أن يزاد على هذا ويقال اذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعا صفقة ونصيب أحدهما أكثر ثم قبض أحدهما شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه حتى يستوفي الزيادة وكذلك لو كان نصيب أحدهما دراهم (١) نخية ونصيب الآخر سود فقبض السود لم يكن للآخر أن يشاركه ذكره في المبسوط اهـ وكتب على قوله صفقة واحدة ما نصه واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حيث لا يكون للشريك الساكت المشاركة ألا ترى الى ما قال في شرح الكافي عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بألف درهم وقبض أحدهما منه شيأ لم يكن للآخر أن يشاركه لانه لا شركة لهما في الدين لان كل دين وجب بسبب على حدة اهـ غاية (قوله أو قيمة العين) بالجر عطفا على ثمن من قوله كثمن المبيع اهـ

---

(١) قوله نخية كذا في أصل الحاشية ولعله محرف عن نبهرة تأمل اهـ مصححه

المال المشترك بينهما أو يكون الدين موروثا بين اثنين ثم المصنف رحمه الله قيده بكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين وقيده بكون المصالح عليه ثوبا ومراده خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين ولا فرق فيما ذكرنا من الحكم بين أن يكون الصلح عن اقرار أو سكوت أو انكار لان المدعيين تصادقان على أن لهما على المدعى عليه دينا وما يأخذه بدل عنه وزعمهما يكون حجة عليهما ولو أراد القابض أن يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض فالحيلة فيه أن يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن دينه أو يبيع الطالب كفا من زبيب أو نحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن الزبيب قال رحمه الله (ولو قبض نصيبه شركه فيه ورجعا بالباقي على الغريم) لان قسمة الدين لا تتصور والمقبوض بدل عنه فله أن يشاركه فيه ان شاء لكونه عين حقه من وجه حتى كان للطالب أن يأخذه منه اذا ظفر به بغير اذن الغريم ويجبر الغريم على القضاء ولا اجبار على المبادلة فاذا كان عين حقه من وجه كان له أن يشاركه فيه بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا حيث لا يكون له أن يشاركه فيه لانه مبادلة من كل وجه بل يضمنه ربع الدين ان شاء لانه أتلف عليه نصيبه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه في الحقيقة وانما كان له أن يشاركه في الثوب في فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر وهنا انتفى الضرر لما ذكرنا فيرجع بربع الدين ثم يرجعان على الغريم لاستوائهما في الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي له فاذا لم يسلم له رجع عليه كما في الحوالة لكن ليس له أن يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة لان حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود الى ذمته في مثلها قال رحمه الله (ولو اشترى بنصيبه شيأ ضمنه ربع الدين) يعني ان شاء لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح على ما بينا ولا يقال قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة فيه لانا نقول قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا

(قوله ثم المصنف) قال الاتقاني وانما وضع المسئلة في الدين بين شريكين لانه اذا ادعى اثنان في دار فصالح أحدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشركه الآخر ألا ترى الى ما ذكر الحاكم الشهيد في باب الصلح في الغصب من مختصر الكافي ولو أن رجلين ادعيا في دار دعوى ميراث عن أبيهما فصالح رب الدار أحدهما على مال لم يشركه الآخر فيه ان كان مقرا أو منكرا وكذلك العروض لان في زعمهما أنه بائع نصيبه في الميراث وقال الحاكم أيضا في باب الصلح في العقار ولو أن رجلين ادعيا في يد رجل دارا وقالا ورثناها عن أبينا وجحد الرجل ثم صالح أحدهما من حصته من هذه الدعوى على مائة درهم وأراد شريكه أن يشركه في هذه المائة لم يكن له ذلك ولم يكن له أن يأخذ من الدار شيأ الا أن يقيم البينة بذلك لما قال شيخ الاسلام في شرح الكافي بقوله لان في زعمه أن يبيع نصيبه من الدار المشتركة بينه وبين أخيه ومن باع نصيبه من مال مشترك بينه وبين غيره ليس لشريكه أن يشاركه في الثمن لان الثمن بدل ملكه لا بدل ملك مشترك قال شيخ الاسلام قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد ذكر عن (٤٦) ابراهيم بن رستم أن أبا يوسف قال يشاركه وان محمدا قال لا يشاركه لان المذهب عند أبي يوسف أن الصلح ليس بمعاوضة بل استيفاء حقه وأجمعوا أن المدعى اذا كان دينا فصالح أحدهما من نصيبه على شيء كان لشريكه أن يشاركه لانه استيفاء على قول الكل اهـ (قوله لكونه معاوضة من كل وجه) أي ان كان عن اقرار ومعاوضة في زعم المدعى عليه ان كان عن انكار فلا يثبت للشريك حق الشركة اهـ (قوله أو يبيع الطالب) أي من المديون اهـ (قوله في المتن ولو قبض) أي أحد الشريكين اهـ (قوله في المتن نصيبه) أي من الدين اهـ (قوله بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا) وهي المسئلة الآتية في المتن اهـ (قوله لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي) قال الاتقاني لانه انما سلم على رجاء ما في ذمة الغريم فاذا توى لم يسلم اهـ (قوله رجع عليه كما في الحوالة) أي كما اذا مات المحال عليه مفلسا يرجع المحتال له على المحيل اهـ (قوله في المتن ولو اشترى بنصيبه شيأ ضمنه الخ) قال الاتقاني وذلك لان أحد ربي الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على ذمته مثل ما وجب في ذمة المديون فالتقيا قصاصا فصار كأنه قبض نصف الدين فلو استوفى نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا اهـ (قوله ولا ضرر عليه) أي على الشريك المشتري في ضمان ربع الدين اهـ (قوله بخلاف الصلح) يعني أن أحد الشريكين في الدين اذا اشترى بنصيبه سلعة ليس له الخيار بل يضمن ربع الدين بخلاف ما اذا صالح عن نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار ان شاء دفع اليه نصف الثوب وان شاء دفع اليه ربع الدين وعند زفر يلزمه أن يؤدى اليه ربع الدين بلا خيار كما لو اشترى لانه صار به قابضا ونحن نفرق بينهما ووجه الفرق أن مبنى الصلح على الحطيطة والتجوز بدون الحق وما صار اليه الا ضرورة داعية فاذا ألزمناه زيادة المساكت يلزم الضرر بخلاف الشراء لان مبناه على المماكسة دون التجوز فلا يلزم الضرر في الزام زيادة الحصة اهـ اتقاني

وهنا وقعت القسمة فى ضمن صحة الشراء أو صحة المصالحة وكم من شئ يصح ضمنا ولا يصح قصدا وللغريم أن لا يتبع القابض فى الجميع ويرجع على المدين لان القابض قبض حقه الا أن له حق المشاركة فكان له أن يشاركه ولو كان للمطلوب على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا ضمان عليه لانه قضى دينا كان عليه لما عرف أن آخر الدينين قضاء لاولهما وبه لا يجب الضمان وانما يجب بالاقتضاء وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء وانما تجب بالاقتضاء ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه فكذلك لا يضمن لان الابراء فوق الصلح فى التبرع لانه لم يقبض شيأ فاذا لم يضمن فى الصلح ففى هذا أولى أن لا يضمن ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقى بينهما على ما بقى من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر ولو غصب أحدهما عينا من المدين أو اشترى منه شراء فاسدا فهلك عنده فهو قبض لانه بالهلاك وجب للغريم عليه دين فالتقيا قصاصا ودين الغريم آخرهما فيكون قضاء من الغريم واقتضاء من الطالب فيضمن لشريكه والاستئجار بنصيبه كالشراء بنصيبه حتى يضمن ربع الدين لان للمنافع حكم المال وعن محمد رحمه الله أنه اذا أضاف العقد الى الدين لا يرجع عليه لانه اتلاف ولو أحرق أحدهما متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضا عند أبى يوسف رحمه الله حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يحصل فى يده شئ بخلاف الغصب ثم الاحراق بالنار حيث يرجع عليه وان أتلفه بالاحراق لان الضمان حصل بالقبض فيستند اليه فيملكه من ذلك الوقت بخلاف ما اذا أحرقه فى يد مالكه من غير قبض وعند محمد رحمه الله هو قبض فيرجع عليه لانه بالاحراق وجب عليه الضمان فصار دينا فى ذمته فالتقيا قصاصا وقد ذكرنا أن آخر الدينين قضاء للاول فصار مقتضيا فيرجع عليه وتزوج أحدهما بنصيبه بأن كان لهما دين على امرأة فتزوجته عليه نفسها أو على مولى الامة فزوجها المولى منه عليه أو على المكاتبة أو على الامة المأذون لها فتزوجها عليه باذن المولى ليس بقبض فى ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يسلم له شئ يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية على نفس المدين وكالابراء وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة على ما بينا والصحيح الاول لانه اتلاف ولان النكاح يتعلق بعين الدين عند الاضافة اليه فتملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها كالهبة بخلاف ما اذا لم يضف العقد اليه بأن سمى دراهم مطلقة فوقع التقاص بنصيبه حيث يرجع عليه شريكه بالاجماع لانها تملك وانما ملكت غيره فالتقيا قصاصا والصلح عليه عن جناية العمد ليس بقبض لانه لم يملك شيأ قابلا للشركة بمقابلته ولو أخر أحدهما نصيبه لم يجز عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يجوز ومحمد معه فى رواية ومع أبى حنيفة فى أخرى

(قوله قبل وجوب دينهما عليه) قال الاتقانى وصورته ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى فى باب الصلح فى الدين الى أجل قال واذا كان لرجلين على رجل دين ألف درهم من ثمن مبيع فأقر أحدهما أنه كان للمطلوب عليه خمسمائة قبل دينهما فقد برئ المطلوب من حصته ولا شئ للشريك عليه لان فى زعمه أنه قضى دين المطلوب عما داينه أو أقرضه ومن قضى دينا عليه من مال مشترك ليس للشريك أن يشاركه ولو اقتضى من دين مشترك كان للشريك أن يشاركه وفيما نحن فيه هو قاض لا مقتض لان آخر الدينين يجعل قضاء عن أولهما أما أولهما فلا يجعل قضاء لان القضاء لا يسبق الوجوب اه (قوله لانه قضى دينا كان عليه) أى هو مؤد دينه لا مسترد دينه اه (قوله ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه) أى أو وهبه له اه اتقانى (قوله فكذلك لا يضمن) أى لانه أسقط حقه والاسقاط لا يسمى استيفاء اه اتقانى (قوله كانت قسمة الباقى بينهما على ما بقى من السهام) أى كما اذا أبرأ أحدهما عن نصف دينه والدين عشرون درهما يكون للبرئ المطالبة بخمسة دراهم وللساكت بعشرة دراهم اه غاية (قوله والاستئجار بنصيبه كالشراء بنصيبه) أى حتى لا يرجع عليه شريكه عندهم لحصول القبض بالمقاصة فى المبسوط استأجر بنصيبه دارا من الغريم وسكنها يرجع الشريك عليه بنصف نصيبه وروى ابن سماعة عن محمد هذا اذا استأجر بخمسمائة مطلقا أما اذا استأجر بحصته من الدين لا يرجع الآخر عليه بشئ وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلقا فاذا كان كذلك يكون بدل نصيبه المنفعة فلا يضمن باعتباره مالا لشريكه اه معراج الدراية (قوله حيث يرجع عليه) قيل المسئلة اختلف فيها ما اذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه أما اذا أخذ الثوب فأحرقه فالساكت يتبع المحرق بالاجماع اه قارئ الهداية (قوله يمكنه المشاركة فيه) أى اذا البضع لا يحتمل المشاركة اه (قوله ومع أبى حنيفة فى أخرى) قال فى الهداية ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبى يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض قال الاتقانى رحمه الله اعلم أن ذكر الخلاف على هذا الوجه فيه نظر لان قول محمد مع أبى يوسف فى سائر الكتب لا مع أبى حنيفة ثم قال بعد كلام طويل فعلى هذا يكون ما ذكره صاحب الهداية بناء على اختلاف روايتى الكتابين كتاب الشركة وكتاب الصلح ففى كتاب الشركة قول محمد مع أبى حنيفة وفى كتاب الصلح مع أبى يوسف اه قوله وكتاب الصلح أى من الاصل لمحمد رحمه الله تعالى وكتب ما نصه قال فى معراج الدراية ما ذكره الشيخ من الاختلاف مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والاسرار والايضاح وغيرها حيث ذكر فيها قول محمد مع أبى يوسف ثم هذا الاختلاف فى انشاء التأخير أما لو أقر أحد الشريكين أن الدين مؤجل وأنكر الآخر صح اقراره فى نصيبه

بالاجماع وفي المبسوط وهو حجة أبي يوسف ومحمد فانهم ما يقيسان الانشاء على الاقرار اه قال الاتقاني عقب دليل أبي حنيفة ولا يلزم اذا أقر بتأخير نصيبه فانه انما يصح اذا أقر بتأخير كله الا أنه ينفذ اقراره في نصيب نفسه وكان في زعمه أن الكل مؤجل وفي زعم الآخر أن الكل حال أما لو أقر بتأخير نصيب نفسه فحينئذ لا يصح عند أبي حنيفة لانه أقر بما لا يملك انشاءه كذا ذكر في شرح الكافي اه (قوله ولابي حنيفة أنه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض) أي وهو باطل كما اذا كان لهما ألف درهم سود وألف درهم بيض على رجل فاصطلحا على أن يكون البيض لاحدهما والسود للآخر كان باطلا ولا شك أن فيه معنى القسمة لتميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر ونهي من القسمة هذا اه غاية (قوله لان الحال والمؤجل مختلفان وصفا وحكما) أما وصفا فلان أحدهما مؤجل والآخر معجل وأما حكما فالساكت أن يطالب بنصيبه لا الآخر ولو القسمة ليست الا أن تميز أحدهما عن الآخر وقد صار كذلك اليه أشار في المبسوط وقال في الاسرار عامة مشايخنا يحتجون في هذه المسئلة بقسمة الدين قبل القبض وهذا كلام ظاهر الاختلال لان أبا يوسف ومحمدا يقولان التأجيل لا يوجب القسمة لانه تصرف في المطالبة فاصل (٤٨) الدين يبقى على ما كان مشتركا وتغير صفة الدين وهو المطالبة وتغير صفة النصيب لا يدل على انقطاع الشركة ألا ترى أن أحدهما لو أقر أن نصيبه لفلان صح وقد تغير صفة الملك فانه كان مضافا اليه والآن صار مضافا الى غيره وكذا لو كان عينا لا يحتمل القسمة فوهب أحدهما نصيبه لاجنبي وسلم صح والشركة باقية لكن قال شمس الأئمة السرخسي ان نصيب أحدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر وصفا وحكما الى آخر ما ذكرنا وبهذا تحقق القسمة قال في النهاية والقول ما قال حذام اه معراج (قوله حتى يطالب) يوجد في نسخ عديدة حتى لا باثبات لا والصواب حذفها يؤيده قوله بعد هذا بسطر بيانه الخ اه شاهدت لا ثابتة في خط الشارح رحمه الله والصواب حذفها اه (قوله أن يكاتب نصيبه بغير رضا الآخر) فلو كاتب أحدهما كان للآخر أن يبطل الكتابة ذكره ويشاركه في النهاية اه (قوله بخلاف الابراء) يعني لو أبرأ أحدهما المديون عن نصيبه فانه يجوز بلا خلاف اه (قوله ولم يبق للمبرئ فيه) أي نصيبه اه (قوله في المتن وبطل) أي بطل بدون اجازة الشريك أي لم ينفذ وتوقف على اجازة شريكه فان رده بطل الصلح أصلا وبقي المسلم فيه بينهما على حاله وان أجازه نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقي الطعام بينهما اه اختيار (قوله في المتن صلح) سماه صلحا مجازا اذ هو فسخ في الحقيقة اه من خط قارئ الهداية وكتب على لفظ المتن ما نصه معناه أن أحد شريكي السلم اذا صالح من نصيبه من المسلم فيه على نصيبه من رأس المال بان أراد أن يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة جاز عند أبي يوسف خلافا لهما اه اتقاني (قوله على ما دفع من رأس المال) الا أن يجيزه شريكه اه اتقاني نقلا عن التقريب اه وسيأتي في كلام الشارح قريبا اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقد ذكر الخلاف هكذا في الاصل وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي والمختلف والحصر والمنظومة وكتاب التقريب للقدوري وغير ذلك وقال في شرح الاقطع لم يجز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز الصلح وجعل قول محمد مع أبي يوسف اه اتقاني

لابي يوسف رحمه الله انه ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد ولانه تصرف في خالص حقه فلا يمنع منه ولا يكون ذلك قسمة الدين بل يبقى كل واحد من النصيبين على الشركة وذلك بأن يكون المؤجل بينهما اذا حل الاجل ويرجع المؤخر على القابض عند حلول الاجل ولابي حنيفة رحمه الله أنه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز فيه لان القسمة فيها معنى تمييز الحقوق والافراز وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز تمليكه من غير من عليه الدين لانه وصف في الذمة فبطل وانما قلنا بأنه يؤدي الى قسمة الدين لان الحال والمؤجل مختلفان وصفا وحكما حتى لا يطالب الساكت بنصيبه في الحال فكيف يتصور هذا الاختلاف بينهما من غير قسمة وهل دعوى عدم القسمة فيه بعد ذلك الا دعوى المحال ولان فيه ضررا على شريكه بأن يجعل مؤنة الطلب عليه فقط بيانه أن الساكت يطالب بنصيبه في الحال فاذا خلص منه رجع عليه هو بنصيبه عند حلول الاجل ثم يرجعان على الغريم فيؤخره نصيبه أيضا مثل ما أخر في الاول فيطالب الساكت بنصيبه فاذا خلص منه رجع عليه به عند حلول الاجل ولم يزل يعمل هكذا الى أن يستوفي الكل وفيه تفويت غرضه عنه من وصول حقه له في الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على أحد فلا يمكن منه كما لا يمكن أحد الشريكين أن يكاتب نصيبه بغير رضا الآخر بخلاف الابراء لانه لا ضرر عليه فيه وهو أيضا لا يؤدي الى قسمته لان القسمة انما تكون مع بقاء النصيبين ملكا للشريكين ولم يبق للمبرئ فيه ملك فلا تكون قسمة وانما هو اتلاف لنصيبه فقط وذلك جائز قبل القسمة ألا ترى أنه لو أقر بنصيبه من الدين لانسان صح اقراره وصار ملكا للمقر له لكونه اتلافا لنصيبه ولو كان قسمة لما جاز ذلك قال رحمه الله (وبطل صلح أحد ربي السلم عن نصيبه على ما دفع) أي على ما دفع من رأس المال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز هذا الصلح وانما شرط أن يكون هذا الصلح على رأس المال لانه لو كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه لابي يوسف رحمه الله أنه تصرف في خالص حقه فيجوز كما في سائر الديون وهذا لان الصلح فيه على رأس المال كالصلح في غيره على ما أراد من المال ألا ترى أنه يجوز اذا أجازه شريكه

ويشاركه فى المقبوض ويرجعان على الغريم فاذا كان كذلك وجب أن ينفذ فى حقه ثم يكون لشريكه الخيار ان شاء شاركه فيما قبض ويكون الدين بينهما وان شاء رجع على المسلم اليه كسائر الديون وكاقالة نصيبه فى المبيع المعين ولهما أن هذا العقد حقهما فلا ينفرد أحدهما بفسخه وهذا لان المسلم فيه لم يكن موجودا قبل العقد وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد والعقد قد تم بهما فصار كل واحد منهما بالتصرف كشطر العلة وشطر العلة لا يثبت به شئ من الحكم مالم يتم ذلك باجازة الآخر كما لو زوج أحد المعتقين المعتقة بخلاف شراء العين فان العين أصل لوجود العقد حتى لا يجوز العقد الا بوجودها فكذا تكون أصلا لصحة الرفع لان العين موجودة حسا ومعاينة قبل العقد وكان لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا يستفيده بالعقد فكذا رفعه لتمام العلة فيها وفى المسلم فيه لا يثبت الملك الا بالعقد ولا ولاية التصرف فيه الا به فكان فعلهما علة ثبوت الشركة والولاية ولانه لو جاز فى نصيبه خاصة بدون اذن شريكه لكان قسمة للدين وهو فى الذمة ولو جاز فى نصيبهما من غير اذنه فلا بد من اجازته دفعا للضرر عنه ولانه يلزم من رجوع شريكه عليه عود الدين وهو المسلم فيه الى ذمته والمسلم فيه لا يعود بعد سقوطه ولهذا لو تقايلا ثم فسخا الاقالة لا تنفسخ بخلاف بيع العين ويلزم منه أيضا أن يجوز صلحه ثانيا حتى يسقط عنه ما عاد الى ذمته وكذا ثالثا ورابعا الى أن لا يبقى منه شئ لان غرضه براءة ذمته ولن يحصل ذلك الا بسقوط الكل هذا اذا كان رأس المال مخلوطا فلا اشكال فيه وان لم يخلطاه ونقد كل واحد منهما على حدة اختلفوا فيه فقال بعضهم يجوز عندهما أيضا لان المانع كونه يؤدى الى العود بعد سقوطه ولم يوجد هذا المعنى هنا لان الدافع يأخذ منه ما دفعه اليه وليس للآخر أن يشركه فيه لانه لم يدفع اليه شيأ آخر فلا يؤدى الى عوده بعد سقوطه وقال بعضهم هذه الصورة أيضا على الخلاف لان عدم الجواز عندهما لكونه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض أولان العقد حقهما الى آخر ما ذكرنا وقد وجد هذا المعنى هنا فلا يجوز وهو الصحيح لان العلل التى ذكرناها كل واحدة منها مطلقة لكن عند عدم الخلط يعلل بعلة واحدة وعند وجود الخلط بعلل ولان من أجازه لم يجزه الا لعدم العلة المعينة وذلك لا ينهض حجة لعدم الحكم لجواز ترادف العلل على حكم واحد فعدم بعضها لا يدل على عدم الحكم لجواز أن يخلفه غيره على انا لا نسلم ان صاحبه لا يشاركه فى المقبوض اذا لم يخلطا المال بل له أن يشاركه فيه لان الشركة فيه انما تثبت لكونهما اشتركا فى دين السلم والشركة فى دين السلم ثابتة بسبب اتحاد العقد ولهذا لا يقبض أحدهما شيأ من المسلم فيه الا شاركه فيه صاحبه ولا تأثير لخلط المال فيه ولا لعدمه فكذا فى رأس المال عند الفسخ فكان الاحتجاج به باطلا قال رحمه الله (وان أخرجت الورثة

(قوله وكاقالة نصيبه فى المبيع المعين) أى كما اذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما فى نصيبه اه (قوله ولهما الخ) قال الاتقانى ولهما انه لو جاز صلح أحدهما لا يخلو اما أن يجوز فى نصيبه خاصة أو فى نصف من نصيبهما جميعا فان جاز فى نصيبه خاصة يلزم قسمة الدين قبل القبض وذلك فاسد لما بينا قبل هذا عند قوله ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبى يوسف وعند قوله واذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب وان جاز فى نصف من النصيبين جميعا يكون ذلك فسخا فى حق شريكه وهو لا يملك ذلك فلا بد من رضا الآخر لان الفسخ فى باب السلم ولاية العقد فان المسلم فيه حادث بالعقد ليس بمحسوس لانه ثابت فى الذمة فصار العقد أصلا فيه واستندت ولاية الفسخ الى العقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد أحدهما بالفسخ اه ﴿فرع﴾ وحاصله انهما اعتبرا جانب

العقد لانه به يصير المسلم فيه موجودا بخلاف شراء العين فانه موجود قبل العقد وأبو يوسف اعتبر جانب الدين فما قاله أبو يوسف ظاهر لان المسلم فيه دين كسائر الديون وما قالاه أدق فى الفرق كذا فى المبسوط والاسرار اه (قوله وفى المسلم فيه لا يثبت الملك الا بالعقد) أى لانه دين ثبت بالعقد وقبل العقد لم يكن موجودا اه (قوله ولانه يلزم الخ) يعنى لو جاز صلح أحدهما على رأس المال كما قال أبو يوسف لشاركه الشريك الآخر فى المقبوض من رأس المال فاذا شاركه وأخذ منه حصته رجع الشريك المصالح بذلك القدر من المسلم فيه على المسلم اليه لانه لم يسلم له ذلك القدر بالصلح الواقع بين المصالح والمسلم اليه وقد كان ذلك القدر ساقطا بالصلح ثم عاد فيلزم عود المسلم بعد سقوطه وذلك باطل لانه يلزم من نفيه ثبوته اه (قوله وهو المسلم فيه الى ذمته) أى ذمة المسلم اليه اه (قوله ولهذا لو تقايلا) أى فى السلم اه (قوله ويلزم منه أيضا أن يجوز صلحه) أى صلح المسلم اليه اه (قوله هذا اذا كان رأس المال مخلوطا) قال فى الهداية قالوا هذا اذا خلطا المال قال الاتقانى أى قال المتأخرون من مشايخنا هذا الخلاف فيما اذا خلطا رأس المال وكان رأس المال مشتركا بينهما وأما فى قياسهم نظر لان محمدا ذكر المسئلة فى باب الصلح فى السلم بين الرجلين على الخلاف المذكور ولم يتعرض للخلط وعدمه بل أطلق الجواب والحاكم الشهيد وضع المسئلة فى مختصر الكافى فى كتاب الصلح فيما اذا لم يخلطا وصرح بذلك ووضعها فى كتاب البيوع فيما اذا نقدا رأس مال مشترك بينهما وذكر خلاف أبى يوسف فى الموضعين كما بينا اه (قوله فى المتن وان أخرجت الورثة الخ) فى الهداية عقد لهذا فصلا فقال فصل فى التخارج قال الاتقانى معنى التخارج أن يصالح بعض الورثة من نصيبه على شئ فيخرج من البين وانما أخر هذا الفصل لقلة وقوعه لان كل أحد لا يرضى بأن يخرج من البين

بشئ يأخذه لان الظاهر ان الذى يأخذه دون نصيبه اهـ (قوله ولا يتصور الابراء) أى لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح اهـ (قوله وفيه الاثر) أى عن عثمان رضى الله عنه (قوله أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف) أى كان طلقها فى مرضه فاختلفت الصحابة فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزأ من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا وقد ذكر محمد الالف مطلقا ولم يفسر انها دراهم أو دنانير وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار اهـ اتقانى ثم قال قال الواحدى فى كتاب أسباب نزول القرآن فى براءة قوله تعالى الذين يلمزون المطوعين وقال قتادة وغيره حث رسول الله صلى الله عليه وسلم على الصدقة فجاء عبد الرحمن بن عوف بأربعة آلاف درهم وقال يا رسول الله مالى ثمانية آلاف جئتك بنصفها فاجعلها فى سبيل الله وأمسكت نصفها لعيالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بارك الله لك فيما أعطيت وفيما أمسكت فبارك الله فى مال عبد الرحمن حتى انه خلف امرأتين حين مات فبلغ ثمن ماله لهما مائة وستين ألف درهم ففى هذا الحديث دليل ان جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فان ما لا يبلغ الصلح عن ربع ثمنها هذا المبلغ يكون مما لا يحصى عدده والظاهر ان قدره وقت الصلح لا يكون مستدركا فلا يكون (٥٠) نصيب المصالحة مستدركا اهـ اتقانى وكتب ما نصه قال الكاكى رحمه الله فهذا دليل ثروة عبد الرحمن رضى الله عنه وقد كان قاسم الله ماله فى حياته أربع مرات فى كل مرة تصدق بنصفه وأمسك نصفه فدل ذلك على أنه لا بأس بجمع المال واكتساب الغنى من الحل فان عبد الرحمن رضى الله تعالى عنه من علية الصحابة رضى الله عنهم والعشرة المبشرة ولكن ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال أولى لانه طريق اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام اللهم أحينى مسكينا الحديث اهـ ﴿فرع﴾ الندب الى الصلح وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم (وعن الضغائن قال مشايخنا هذا فى حال اشتباه وجه القضاء أما فى حال ظهور وجه القضاء ينبغى أن يقضى بينهما لان فى الدعاء الى الصلح أمرا لاحدهما بترك بعض حقه وما ينبغى للقاضى أن يفعل ذلك والصحيح أنه يجوز دعاؤهما الى الصلح بطريق الندب لا بطريق الالزام لما قال من الفائدة وهو صيانتهما عن الوقوع فى العداوة و ينبغى أن لا يدعوهما الى ذلك الا مرة أو مرتين فان أبيا عن ذلك يفصل بينهما بالقضاء و ينبغى أن لا يتولاه بنفسه ولكن يردهما الى من يسمعان قوله من أهلهما لان صاحب الحق عسى أن يحتشم من القاضى فيترك بعض حقه حشمة من القاضى وفى بعض الروايات ردوا الخصوم من ذوى الارحام الى أهلها والصلح فى حقها أندب احترازا عن قطيعة الرحم اهـ اتقانى (قوله و بيع ما لم يعلم قدره فيه) أى فى التخارج اهـ (قوله كمن أقر بغصب شئ) أى أو أقر ان فلانا أودعه شيأ اهـ نهاية (قوله لان قبض المجهول الخ) قبض المجهول العين هو الذى لا يمكن أما مجهول القدر فممكن قبضه والكلام فيه اهـ قارئ الهداية (قوله ثم ذكر بعده روايتين فيما اذا وقع الصلح الخ) الذى ذكره من الروايتين انما هو فيما اذا وقع الصلح عن المكيل والموزون وأعيان التركة غير معلومة بناء على أنه يحتمل أن يكون فى التركة مكيل أو موزون من جنس ما وقع عليه الصلح فيكون ربا أو شبهة الربا كذا بخط قارئ الهداية رحمه الله

أحدهم عن عرض أو عقار بمال أو عن ذهب بفضة أو بالعكس) أى عن فضة بذهب (صح قل أو كثر) يعنى قل ما أعطوه أو كثر لانه يحمل على المبادلة لانه صلح عن عين ولا يمكن حمله على الابراء اذ لا دين عليهم ولا يتصور الابراء عن العين و بيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس وفيه الاثر أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار وقيل على ثلاثة وثمانين ألفا بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم و روى أن ذلك كان نصف حقها و روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال يتخارج أهل الميراث أى يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح ولا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة لانه لا يحتاج فيه الى التسليم و بيع ما لم يعلم قدره فيه جائز كمن أقر بغصب شئ فباعه المقر له من المقر جاز وان لم يعرفا قدره لما ذكرنا ذكره فى النهاية معزيا الى الذخيرة والى التتمة وقال لا تشترط معرفته بالاتفاق وقال ذكره فى التتمة وقال صاحب الهداية فيما اذا وقع الصلح عن ذهب بفضة أو وقع عن فضة بذهب يعتبر التقابض فى المجلس لانه صرف غير أن الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا يعنى مقرا غير مانع لا بد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا يشير الى أن العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن ثم ذكر بعده روايتين فيما اذا وقع الصلح عن المكيل أو الموزون وانما لا ينوب هذا القبض عن قبض الصلح لان قبض الامانة لا ينوب عن المضمون فلا بد من تجديده بأن ينتهى الى مكان يتمكن من قبضه بالتخلية والمضمون ينوب عن الامانة وعند اتحاد القبضين ينوب أحدهما عن الآخر كالمضمون عن المضمون أو الامانة عن الامانة قال رحمه الله

(قوله وقال الحاكم) أى أبو الفضل اهـ (قوله ووجه ذلك الخ) قال الاتقانى قال شيخ الاسلام الاسبيجابى قال أبو الفضل يعنى الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبه مما من العين فى حالة التصادق وقد بين ذلك فى موضع آخر من هذا الكتاب أى من مختصر الكافى أما فى حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال شيخ الاسلام والصحيح أنه باطل فى الوجهين لانه يكون معاوضة فى حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذى قلنا اهـ قوله قال شيخ الاسلام الاسبيجابى أى قال فى شرح الكافى اهـ (قوله ولا فى حق الدافع) أى لان فى حال المناكرة المعطى يعطى المال ليقطع المنازعة ويفدى يمينه فلا يتمكن الربا الى هذا أشار محمد بعد هذا اهـ ذخيرة (قوله ثم قال كذا فى مبسوط شيخ الاسلام) أى شيخ الاسلام خواهرزاده اهـ قال الاتقانى والجواب عن النقض الذى قال خواهرزاده ماذكرناه قبل هذا من اختلاف المشايخ حيث قال بعضهم هذا قول أبى حنيفة خاصة وعلى قولهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقال بعضهم هذا قول الكل لكن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن اهـ وقال الكاكى وفى الكافى قيل هذا عند أبى حنيفة أما عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد اهـ (قوله فى المتن وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه) يعنى اذا شرط الورثة أن يبرئ المصالح من نصيبه من الدين الغرماء وهم المديونون ولا يكون الرجوع لسائر الورثة بعد ذلك على الغرماء بنصيب المصالح بسبب الصلح اهـ اتقانى (قوله لانه اسقاط) أى للدين من ذمة المديون اهـ (قوله وهذه حيلة الجواز) أى فى الصلح اذا كان فى التركة دين اهـ (قوله ثم قال وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) أى لان فى الوجه الاول لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وفى الوجه الثانى ضرر النقد لان النقد خير من الدين اهـ اتقانى

(وعن نقدين وغيرهما بأحد النقدين لا ما لم يكن المعطى أكثر من حظه منه) أى لو صالح عن الفضة والذهب وغيرهما من العروض والعقار على الذهب والفضة لا يجوز الصلح حتى يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه والزائد بحقه من بقية التركة لانه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الابراء من الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك بما ذكرنا لانه لو أعطوه قدر حقه أو أقل يكون العروض أو العروض وبعض الذهب أو الفضة حاصلا لهم بلا عوض فيكون ربا وكذا اذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا لان الفساد على تقدير أن يكون مساويا له أو أقل فكان أرجح وأولى بالاعتبار وقال الحاكم الشهيد انما يبطل على أقل من نصيبه فى مال الربا فى حالة التصادق وأما فى حالة التناكر بأن أنكروا وراثته فيجوز ووجه ذلك أن فى حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع هكذا ذكره المرغينانى فلا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا فى قدره ولو كان بدل الصلح عرضا فى الصور كلها جاز مطلقا قليلا كان أو كثيرا قبض فى المجلس أو لم يقبض لعدم الربا واذا كان بدل الصلح دراهم أو دنانير صح الصلح كيفما كان لانا نصرف الجنس الى خلاف الجنس تصحيحا للعقد كما فى البيع بل أولى به لان المقصود من الصلح قطع المنازعة ولكن يشترط التقابض فيه قبل الافتراق لانه صرف قال رحمه الله (ولو فى التركة دين على الناس فأخرجوه ليكون الدين لهم بطل) لان فيه تمليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة فيبطل فيه ثم تعدى الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند أبى حنيفة رحمه الله وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين اذا بين حصته وأصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن يبطل فى الكل عنده وعندهما صح فى العبد والذكية وفى النهاية يرد على هذه المسئلة يعنى مسئلة الصلح على قول أبى يوسف ومحمد فيما اذا أسلم حنطة فى شعير وزيت فانهما قالا يصح فى حصة الزيت ويفسد فى حصة الشعير وههنا قالا فسد فى الكل قال هذا مما يحفظ ثم قال كذا فى مبسوط شيخ الاسلام ويمكن أن يقال مرادهما فى مسئلة الصلح فيما اذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما وفى مسئلة السلم اذا بين توفيقا بينهما وتصحيحا لقاعدتهما قال رحمه الله (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه) أى من الدين (صح) لانه اسقاط أو تمليك الدين ممن عليه الدين وكل ذلك جائز وقال صاحب الهداية وهذه حيلة الجواز وأخرى أى حيلة أخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين ثم قال وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء وهذا فى الوجهين ظاهر لانهم اذا أعطوا المصالح شيأ بمقابلة الدين أو قدر الدين ولم يحصل لهم الدين فقد حصل لهم ضرر دنيوى وليس فى الصورة الثالثة مثل ذلك من الضرر لانهم وان خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم الدين بمقابلته فانتفى عنهم الضرر الا ضرر النقد فان العين خير من الدين والاوجه منه أن يبيعوه كفا من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء أو يحيلهم ابتداء من غير بيع شئ ليتقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم ولو كانت أعيان التركة غير معلومة وليس فيها مكيل ولا موزون فصولح على مكيل أو موزون

(قوله هذا هو الصحيح) فى فتاوى قاضيخان والصحيح ما قاله أبو جعفر اه (قوله فتصير حوالة) لان الكفالة اذا كانت بشرط براءة الميت كانت حوالة فينتقل الدين الى ذمة المحال عليه وهو الكفيل فتخلو التركة عن الدين فتنفذ القسمة بخلاف ما اذا لم تكن بشرط براءة الميت اه اتقانى

قال ظهير الدين المرغينانى لا يجوز هذا الصلح لما فيه من احتمال الربا بأن يكون فى التركة مكيل أو موزون من جنسه فيكون فى حقه بيع المقدر بجنسه جزافا وقال الفقيه أبو جعفر يجوز لانه يحتمل أن لا يكون فى التركة من جنسه ويحتمل أن يكون فيها واذا كان فيها يحتمل أن يكون الذى وقع عليه الصلح أكثر وان احتماله أن يكون مثله أو دونه هو احتمال الاحتمال فنزل الى شبهة الشبهة فالشبهة هى المعتبرة دونها هذا هو الصحيح وهذا يدل على أن الصلح مع جهالة التركة يجوز وقيل لا يجوز لانه بيع وبيع المجهول لا يجوز والاول أصح لان الجهالة هنا لا تفضى الى المنازعة لانها فى يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها الى التسليم حتى لو كانت فى يد المصالح أو بعضها لا يجوز حتى يصير جميع ما فى يده معلوما للحاجة الى التسليم قال رحمه الله (ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة) لان الورثة لا يملكون التركة فى هذه الحالة لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة فى ملك الوارث لان حاجته مقدمة على الارث ولو ضمن رجل بشرط أن لا يرجع فى التركة جاز الصلح لان هذا كفالة بشرط براءة الاصيل وهو الميت فتصير حوالة فيخلو مال الميت عن الدين فيجوز تصرفهم فيه وان لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغى لهم أن يقسموه أو يصالحوا عنه وان فعلوا ذلك جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله فى ملك الورثة وجه الاستحسان ان الانسان لا يخلو عن دين قليل فلو منع غير المستغرق منه تملك الوارث أدّى الى الحرج أو الى أن لا يملكوا أصلا فقلنا بأنهم يملكونه دفعا للضرر عنهم الا انهم يرفعون من التركة قدر الدين و يترك حتى يقضى به الدين كى لا يحتاجوا الى نقض القسمة والله أعلم

﴿كتاب المضاربة﴾

قال رحمه الله (هى شركة بمال من جانب وعمل من جانب) يعنى المضاربة عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر هذا فى الشرع والمراد بالشركة الشركة فى الربح حتى لو شرطا فيها الربح لاحدهما لا تكون مضاربة على ما نبين وقيل هى عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لانه نماء ملكه وللمضارب باعتبار أنه تسبب لوجود الربح وهى فى اللغة مفاعلة من الضرب فى الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يعنى الذين يسافرون للتجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير فى الارض غالبا لطلب الربح ولهذا قال الله تعالى يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله وهو الربح وأهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله و يسلمه للعامل وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تلونا من نظم الآية وهى مشروعة لشدّة الحاجة اليها من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدى الى التصرف ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنتظم مصالحهم فانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملونها فتركهم عليها وتعاملها الصحابة رضى الله عنهم ألا ترى الى ما روى أن عباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مالا مضاربة شرط عليه أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل واديا ولا يشترى ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن

﴿كتاب المضاربة﴾

والاصل فى جواز المضاربة الكتاب والسنة والآثار التى ذكرها محمد فى الاصل واجماع الامة قاله الاتقانى ثم قال قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى والقياس أن يكون عقد المضاربة فاسدا لانه فى الحقيقة استئجار العامل بأجر مجهول أو معدوم على عمل مجهول ولهذا لو فسد كان اجارة بالاجماع وجهالة العمل والاجر توجب فساد الاجارة الا أنا استحسنا وجوزناها لما ذكرنا من الدلائل اه (قوله وعمل) هكذا ضبطه الشارح بالرفع اه (قوله والمراد بالشركة الشركة فى الربح) أى لان المضارب لا شركة له فى رأس المال اه (قوله لا تكون مضاربة) أى بل بضاعة ان شرط جميعه لرب المال أو قرضا ان شرط للمضارب اه وكتب ما نصه قال الاتقانى هى دفع المال الى الغير ليتجر به على أن يكون الربح الحاصل فيه بينهما على ما شرطا اه (قوله وهو السير فيها) أى لان غرض العاقدين حصول الربح ولن يحصل ذلك عادة الا بالضرب فى الارض اه اتقانى فبلغ

(قوله وآخرون يضربون فى الارض) وقال تعالى واذا ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة وأطلق اسم المضارب على العامل لانه ضارب فى الارض لا على رب المال لانه طالب للضرب اه اتقانى (قوله أن عباسا) الذى بخط الشارح ان عباس اه

فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه فصارت مشروعة بالسنة والاجماع وشرطها أن يكون رأس المال من الاثمان وهو معلوم والربح بينهما شائعا ونصيب كل منهما معلوما وأن يكون معينا مسلما اليه فان فقد شئ من هذه الاشياء فسدت وركنها أن يقول دفعت هذا المال اليك مضاربة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن مارزق الله تعالى بيننا نصفان أونحو ذلك من الالفاظ التى تثبت بها المضاربة وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب وأنواعها عامة وخاصة على ما يجئ كل واحد منه مفصلا قال رحمه الله (والمضارب أمين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد أجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض وباشتراطه لرب المال مستبضع) يعنى بدفع المال اليه على وجه المضاربة يكون أمينا لانه قبضه باذن مالكه لاعلى وجه البدل والوثيقة واذا أراد أن يجعله عليه مضمونا أقرضه رأس المال كله ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به فى العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط وأخذ رأس المال على أنه بدل القرض وان لم يربح أخذ رأس المال بالقرض وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل أو أقرضه كله الا درهما منه وسلمه اليه وعقدا شركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض فان ربح كان بينهما على ما شرطا وان هلك هلك عليه وانما صار وكيلا بالتصرف لانه متصرف فى ملكه بأمره وهذا معنى الوكالة وانما صار شريكا اذا ربح لانه هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة من ضرورة صحتها وصحة الاشتراط وانما صار أجيرا اذا فسدت لان الواجب له فيها أجر المثل كالاجارة اذا فسدت وهو بدل عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة وكذا اذا عمل غير داخل تحت المضاربة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب له أجر المثل بخلاف الشريك حيث لا يستحق أجرة اذا فسدت لان استحقاقه الربح بالمال لا بالعمل ثم لا يزاد على المسمى عند أبى يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله على النحو الذى ذكرنا فى الشركة وانما صار غاصبا بالخلاف لوجود التعدى على مال الغير كالغصب وهذا لان صاحبه لم يرض أن يكون فى يده الا على الوجه الذى أمره به فاذا خالف فقد تعدى فصار غاصبا فيضمن وانما صار المضارب مستقرضا باشتراط كل الربح له لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار رأس المال ملكا له لان الربح فرع المال كالثمرة للشجر وكالولد للحيوان فاذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى فقضيته أن لا يرد رأس المال لان التمليك لا يقتضى الرد كالهبة وغيره ولكن لفظة المضاربة تقتضى رد رأس المال فجعلناه قرضا لاشتماله على المعنيين عملا بهما ولان القرض أدنى التبرعين لانه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطع عنهما فكان أولى لكونه أقل ضررا وانما صار مستبضعا باشتراط جميع الربح لرب المال لان المضارب لم يطلب لعمله بدلا وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا متبرعا فهذا هو معنى البضاعة فكأنه نص عليها قال رحمه الله (وانما تصح بما تصح به الشركة) ومعناه لا تصح الا بما تصح به الشركة وهى الدراهم والدنانير لا غير عندهما والفلوس النافقة عند محمد مثلهما وقد بيناه فى الشركة وقال ابن أبى ليلى تصح المضاربة فى المكيل والموزون لانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير رأس المال بمثل المقبوض وقال مالك تجوز بالعروض لانها متقومة يسترج عليها بالتجارة عادة فكانت كالنقدين فيما هو المقصود بالمضاربة وأمكن تقدير رأس المال بالقيمة اذ هى متقومة ولهذا تبقى المضاربة عليها فكذا يجوز الابتداء بها ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدى اليه لانها أمانة فى يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد العقد

(قوله وهو معلوم) اما تسمية أو اشارة اه غاية (قوله وحكمها أنواع ايداع) ليس هذا حكمها وانما هى حالات المضارب وأوصافه اه من خط قارئ الهداية (قوله لاعلى وجه البدل) احتراز عن المقبوض على سوم الشراء (٥٣) فانه مقبوض بالقيمة اه غاية (قوله والوثيقة) احتراز عن الرهن فانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين اه غاية (قوله أو أقرضه الخ) هذه الحيلة الثانية عزاها الاتقانى لشرح الطحاوى ولم يذكر غيرها اه (قوله ثم يدفع اليه الدرهم) أى على أن يكون رأس مال القرض ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملا فيه جميعا ويشترط الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة فى المال اه اتقانى (قوله وان هلك هلك عليه) أى على المستقرض اه (قوله فيضمن) أى ويكون الربح بعد ما صار مضمونا عليه للمضارب ولكن لا يطيب له عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يطيب له كالغاصب والمودع اذا تصرفا وربحا لا يطيب لهما الربح على الاختلاف كذا فى شرح الطحاوى اه غاية (قوله وقال مالك تجوز بالعروض) وما كتب فى بعض كتب أصحابنا أن عند مالك تصح المضاربة بالعروض لم أجده فى كتبهم بل ذكر فيها الانتقاء بالعروض اه معراج (قوله والمضاربة بغير النقود تؤدى اليه) بيانه أن المضارب لو باع العروض فهلكت العروض فى يده لم يضمنها لان العروض أمانة عنده ان سلمها ثم البيع وان هلكت فى يده بطل البيع فاذا لم يكن العرض مضمونا عليه فالربح الحاصل منه يكون ربح ما لم يضمن وهو حرام النهى وقد قال محمد فى الاصل بلغنا عن ابراهيم النخعى والحسن البصرى أنهما قالا لا تكون المضاربة بالعروض انما تكون بالدراهم والدنانير اه اتقانى

فاذا باعها شركه في الربح فصار ربح ما لم يضمن اذ المضارب يستحق نصيبه من غير أن يدخل شيء في ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشراء بها يجب الثمن في ذمته لانها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن والمكيل والموزون عروض ألا ترى أنها تتعين بالتعيين فأول تصرف يكون فيها بيع وقد يحصل بهذا البيع ربح بأن يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا استئجارا على البيع بأجرة مجهولة فيكون باطلا كما في العروض ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا أنه وكله ببيع العرض أولا وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد وهذا لان المضاربة ليس فيها الا توكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع وهذا لما عرف أن الاضافة الى الزمان المستقبل غير التعليق بالشرط ألا ترى أن الاضافة سبب للحال دون التعليق ولو دفع اليه العرض على أن قيمته ألف درهم مثلا ويكون ذلك رأس المال فهو باطل لان القيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يمكن ضبطها فلا يصلح رأس المال ولو قال له اقبض ديني من فلان واعمل به مضاربة جاز لان هذا توكيل بالقبض واضافة للمضاربة الى ما بعد قبض الدين وذلك جائز على ما بينا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي لي عليك حيث لا تجوز المضاربة لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء بدين في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع أو المبيع عند أبي حنيفة رحمه الله فبطل التوكيل بالكلية حتى لو اشترى كان للمأمور وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه فلا تتصور المضاربة فيه وعندهما يصح التوكيل بالشراء بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ماذكرنا حتى يكون مشتريا للآمر لكن المشترى عروض فلا تصح المضاربة بها على ما بينا قال رحمه الله (ويكون الربح بينهما مشاعا) أي لا تصح المضاربة الا اذا كان الربح بينهما مشاعا لان الشركة تتحقق به حتى لو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل المضاربة لانه يؤدي الى قطع الشركة على تقدير أن لا يزيد الربح على المسمى قال رحمه الله (فان شرط لاحدهما

(قوله ولو دفع اليه عرضا الخ) يعني بهذا وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعروض ووجهها هذا وحيلة أخرى ذكرها الخصاف في كتاب الحيل وقال قلت أرأيت رجلا أراد أن يدفع الى رجل مضاربة وليس عنده الا متاع كيف يصنع قال يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه الى المضارب مضاربة ثم يشتري المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه اهـ اتقاني (قوله وكل ذلك قابل للاضافة) قال الاتقاني قال في وكالة الطحاوي اذا وكله ببيع عبده غدا كان وكيلا في الغد وفيما بعده ولا يكون وكيلا فيما قبل ذلك وكذلك الاجارة تقبل الاضافة ولهذا اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار يجوز اهـ (قوله والتوكيل بالشراء الخ) قال الاتقاني وتمام البيان فيما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قبيل باب اشتراط الربح لغيرهما ولو كان لرجل على رجل دين فأمره أن يعمل به مضاربة ويشتري به ما بدا له من المتاع ويبيعه فما كان من فضل فهو بينهما نصفان فهذا فاسد لان الدين الذي عليه لا يصلح رأس مال المضاربة لكونه مضمونا عليه ومن شرط المضاربة كون رأس المال أمانة عنده وما اشترى فهو مشتر لنفسه وربحه له ولا شيء لرب المال (٥٤) فيه في قول أبي حنيفة ودينه عليه على حاله وقال أبو يوسف ومحمد ما اشترى وباع من ذلك فهو لرب المال وبرئ المضارب من دينه وللمضارب على رب المال مثل أجر عمله لان المضاربة ان فسدت بقي أمر ابالشراء له بما عليه وذلك باطل عند أبي حنيفة فيصير مشتريا لنفسه وعندهما الامر به صحيح فيصير مشتريا للآمر وقد أطمعه في مقابلة عمله شيأ ولم يصح فيلزم رب المال أجر مثل عمله ولو كان الذي أمر بالشراء عنده معلوما يصح الشراء للآمر بالاجماع اهـ وكتب ما نصه قد تقدم متنا وشرحا في باب الوكالة الكلام في التوكيل بالشراء بما عليه من الدين اهـ (قوله في المتن ويكون الربح بينهما مشاعا) قال الاتقاني وذلك لان المقصود من عقد المضاربة هو الشركة في الربح فاذا اشترط لاحدهما دراهم مسماة كالمائة ونحوها تفسد المضاربة لان شرط ذلك يفضي الى قطع الشركة لانه ربما لا يكون الربح الا ذلك القدر فلا يبقى للآخر شيء من الربح قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية شرطه أن يكون قدرا معلوما مشاعا من كل الربح مثل الثلث والربع فاذا شرط لاحدهما مائة من الربح مثلا أو مائة مع الثلث أو الثلث الا مائة والباقي للآخر لم تجز المضاربة لانه يؤدي الى قطع الشركة في الربح لجواز أن لا يربح الا ذلك القدر ثم الشرط الفاسد على وجهين ان أدى الى جهالة الربح فسدت المضاربة لانه المقصود وان لم يؤد صحت وبطل الشرط مثل أن يشترط الوضيعة على المضاربة وهذا أن ما تتوقف صحته على القبض لا يبطل بالشرط الفاسد ما أمكن كالهبة والرهن ولانها وكالة معنى والوكالة لا يبطلها الشرط الفاسد اهـ زيادة وكتب على قوله ويكون الربح ما نصه قال الشيخ سراج الدين قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت ينبغي أن يقرأ بالباء المنقوطة من تحت عطفا على ما في قوله بما تصح اهـ قلت وقد وجدت في نسخ كذلك وفي بعضها ويكون بالياء التحتية مضارع كان وعلى الاول يكون مصدرا مجرورا بالباء اهـ (قوله في المتن فان شرط لاحدهما الخ) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل دفع الى رجل ألف درهم

مضاربة على أن الربح بينهما نصفان وعلى أن للذى أخذ المال مضاربة زيادة من الربح عشرة دراهم قال لا خير فى هذا وله أجر مثله فيما عمل الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير وذلك لان المضاربة عقد على الشركة فما أدى الى قطع الشركة كان فاسدا لفوات المقصود من عقد المضاربة وهذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة فيكون العقد فاسدا لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فلا يحصل للآخر شئ واذا فسدت المضاربة كان للعامل أجر مثل عمله لانه ابتغى لعمله عوضا فاذا لم يسلم له ذلك لفساد العقد كان له أجر المثل كما فى الاجارة الفاسدة اه اتقانى (قوله فى المتن زيادة عشرة) أى عن نصيب صاحبه من الربح اه (قوله لا يجاوز عن المشروط) أى عند أبى يوسف وعند محمد يجب الاجر بالغا ما بلغ كما فى الشركة على الاحتطاب والاحتشاش اه (قوله وذكرنا الخلاف فيه) أى فى كتاب الشركة اه (قوله وهذا) أى وجوب أجر المثل للعامل اه (قوله وان لم يربح) يعنى يجب أجر المثل فى المضاربة الفاسدة سواء ربح أو لم يربح فى رواية الاصل اه اتقانى (قوله فى رواية الاصل) ووجه ذلك أن المضارب يكون فى معنى الأجير اذا فسدت المضاربة ثم الأجير يستحق الاجرة إما بتسليم المنافع كما فى أجير الوحد فانه يسلم نفسه وفى تسليم نفسه تسليم المنافع وإما بتسليم العمل كما فى الاجير المشترك وقد وجد تسليم المنافع والعمل جميعا فيستحق الأجر ولكن لا يستحق الاجر المسمى لفساد العقد فيستحق أجر المثل اه غاية (قوله كما فى أجير الوحد) فيه نظر كذا بخط قارئ الهداية اه (قوله وعن أبى يوسف أنه لا يجب) أى اذا لم يربح اه وكتب على (٥٥) قوله لا يجب ما أنفقه فى الفاسدة اه

زيادة عشرة فله أجر مثله لا يجاوز عن المشروط) وقد ذكرناه وذكرنا الخلاف فيه وهذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة فيه والربح كله لرب المال لانه نماء ملكه ويجب الاجر للمضارب وان لم يربح فى رواية الاصل لان أجر الاجير يجب بتسليم المنافع والعمل كما فى أجير الوحد وقد وجد وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجب كما لا يجب فى الصحيحة منها مع أنها فوقها فى امضاء حكمها واستحقاق المسمى فيها والمال فى المضاربة الفاسدة أمانة غير مضمونة بالهلاك كما فى الصحيحة منها لان الفاسد من العقود يأخذ الحكم من الصحيح منها ولانه عين فى يد أجيره ولو تلف بعد العمل فله أجر المثل وقيل هذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن ما تلف فى يده مما يمكن التحرز عنه وهو بناء على اختلافهم فى الاجير المشترك اذا تلف المال فى يده من غير صنعه لان هذا العقد اجارة وهو بمنزلة الاجير المشترك لان له أن يأخذ بهذا الطريق ما شاء من المال والفرق لهما على الظاهر أن هذه مضاربة لفظا واجارة معنى من حيث انه طلب لعمله أجرة فعملنا باللفظ فى انتفاء الضمان وبالمعنى فى حق وجوب أجر مثله ربح أو لم يربح أو نقول انه كأجير الوحد من حيث انه لا يتمكن من ايجار نفسه فى ذلك الوقت قال رحمه الله (وكل شرط يوجب جهالة الربح يفسدها والا ويبطل الشرط كشرط الوضيعة على المضارب) أى ان لم يكن مؤديا الى جهالة الربح لا يفسدها بل يبطل الشرط والذى يؤدى الى جهالة الربح من الشروط أن يشترط رب المال على المضارب أن يدفع اليه أرضه ليزرعها سنة أو داره ليسكنها سنة وذلك مفسد لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض أجرة داره أو أرضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته ويسقط ما أصاب منفعة الدار ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب صح العقد وبطل الشرط لانه لا يفضى الى جهالة

(قوله والمال فى المضاربة الفاسدة أمانة الخ) قال الشيخ أبو جعفر الطحاوى فى مختصره والمضارب فى المضاربة الفاسدة كالاجير فيها فان ضاع منه المال وهو على ذلك فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وبه نأخذ وعليه الضمان فى قول أبى يوسف ومحمد الى هنا لفظ الطحاوى وقد ذكر الاختلاف كما ترى ولم يذكر الاختلاف فى ظاهر الرواية وجعله أمانة كما فى المضاربة الصحيحة وبطل البيان هنا ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى فقال ولو قال ما رزق الله تعالى من شئ فللمضارب مائة درهم فهذه مضاربة فاسدة لانه يوهم قطع الشركة لانه عسى لا يربح الا مائة ومتى فسدت المضاربة انقلبت اجارة فاسدة حتى لو عمل على ذلك فربح مالا أو لم يربح فله أجر مثل عمله وليس له من الربح شئ وهل يجاوز نصف الربح ينبغى أن يكون على الخلاف الذى ذكرناه فى شركة الاحتطاب والاحتشاش أن المجموع يكون للجامع وللاجير أجر مثله لا يجاوز نصف المجموع عند أبى يوسف وعند محمد يجب بالغا ما بلغ لانه لا يمكن تقديره بنصف الربح وليس له من الربح شئ لانه أجير ولو وضع المال أو تلف المال فلا ضمان عليه لانه أمين وقيل هذا على قول أبى حنيفة وعندهما يكون مضمونا لانه بمنزلة الاجير المشترك والاصح أنه لا ضمان عليه على قول الكل لانه أخذ بحكم المال والمال فى يد المضارب صحت المضاربة أو فسدت يكون أمانة وهذا لانه لما قصد أن يكون المال مضاربة عنده فقد قصد أن يكون أمينا وله ولاية جعله أمينا وكذا كل مضاربة فاسدة عمل بها المضارب فربح أو وضع فله أجر مثله ولا ربح له والربح لرب المال الى هنا لفظ شرح الكافى انتهى اتقانى (قوله مضمونة) عبارة الهداية غير مضمون اه (قوله والفرق لهما على الظاهر) أى بين الاجير المشترك وبين المضارب اه (قوله ان هذه) أى المضاربة الفاسدة اه (قوله ربح أو لم يربح) أى كالواسطة أجره فأما الاجارة الفاسدة اجارة لفظا ومعنى فيكون المال مضمونا عند الأجير المشترك عندهما الا أن يكون الهلاك بأمر لا يمكن التحرز عنه اه كاكى (قوله صح العقد وبطل الشرط) قال محمد فمن دفع ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نصفان وعلى أن يدفع اليه

رب المال أرضه يزرعها سنة أو على أن يسكنه داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لانه ألحق بها شرطا لا تقتضيه ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال يسكنها سنة فسدت المضاربة وذلك لانه جعل نصف نصف الربح عوضا عن عمله وعن أجرة الدار والارض فصار حصة العمل مجهولا بالعقد فلم يصح العقد كذا في شرح مختصر الكرخي اهـ اتقاني (قوله لان المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة) أي كالوشرط لزوم المضاربة بخلاف شرط يوجب جهالة الربح لان ذلك يمنع موجب العقد فلا ينعقد العقد اذ العقد شرع لاثبات موجبه ولهذا لو شرط عمل رب المال يفسد العقد وان لم يوجب جهالة في الربح لانه شرط يمنع موجب العقد اذ موجبه تسليم المال الى المضارب وذا يمنعه ذكره في الذخيرة اهـ (قوله في المتن ويدفع المال) قال قارئ الهداية رحمه الله ينبغي أن يقرأ ويدفع بالياء المنقوطة من تحت مجرورا عطفا على قوله بما تصح به الشركة كما تقدم اهـ ومن خطه نقلت اهـ (قوله ليتمكن من العمل الخ) اعلم أن التسليم الى المضارب شرط صحة المضاربة وشرط عمل رب المال في عقد المضاربة يفسدها لان المال أمانة فلا يتم الا بعد تسليم رأس المال الى المضارب كالوديعة واذا شرط عمل رب المال معه لا يتحقق التسليم لان يده تبقى على المال فيمنع من تمام التسليم اهـ غاية وكتب ما نصه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة بالنصف فرده المضارب على رب المال وأمره أن يبيع ويشتري على المضاربة ففعل وربح فهو جائز على المضاربة والربح على ما اشترطا لانه لم يوجد صريح النقض ولا دلالته لانه صار مستعينا به على العمل ومتى وقع العمل من رب المال اعانة لا يجعل هذا استردادا فلا تنتقض به اليد الثابتة للمضارب بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال في حال العقد لان يده مانعة من تمام التسليم والتسليم شرط صحة المضاربة فرق بين هذا وبين الاجير المشترك اذا استعان بالمستأجر ففعل حيث لا يستحق الاجرة لان المعقود عليه في باب الاجارة هو العمل فاذا لم يعمل لم يستحق الاجرة أما ههنا فالعمل غير معقود عليه لان المضارب عامل لنفسه في تحصيل الربح المضارب فافترقا وصار كان المالك وهب للمضارب رأس المال ثم اشتركا ولو فعل كذلك كان الربح بينهما كذا ههنا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين ولو دفع المضارب المال الى رب المال مضاربة فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى جائزة ويكون الربح بينهما على شرط المضاربة الاولى عندنا وعند زفر تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه كذا في شرح الطحاوي وهي تعرف في المختلف اهـ اتقاني (قوله سواء كان المالك الخ) يعني أن اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة مفسد للعقد سواء كان رب المال عاقدا كالبالغ أو غير عاقد كالصغير مثل الاب أو الوصي اذا دفع مال اليتيم مضاربة وشرط عمل الصغير يفسد عقد المضاربة لان الصغير مالك للمال فبقاء يده فيه يمنع صحة المضاربة كالكبير وكذلك كل من يستحق الربح بمال اذا شرط عمله مع المضارب يفسد العقد كأحد المتفاوضين أو شريكي العنان اذا دفعا مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان الشريك يستحق الربح بماله كالدافع اهـ اتقاني (قوله وكذا أحد الشريكين الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو شرط أن يعمل معه شريك رب المال ان كانت شركة مفاوضة لم يجز لان يد الشريك كيده بمقتضى عقد الشركة فصار كان يد رب المال باقية على المال فمنعت من تمام التسليم وكذلك شريك العنان في مال الشركة لان يدهما واحدة ولو كان المدفوع اليه من غير مال الشركة لم يفسد بالشرط لان شريك العنان في غير مال الشركة بمنزلة الاجانب اهـ اتقاني

حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه لان الكلام فيما اذا شرط له جزأ معلوما من الربح شائعا ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها لان المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة والهبة لان صحتها تتوقف على القبض كالهبة وشرط الوضيعة شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسدا ولكون الوضيعة وهو الخسران على رب المال لان ما فات جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب المال دون غيره والمضارب أمين فيه فلا يلزمه بالشرط فصار الاصل فيه أن كل شرط يوجب جهالة في الربح أو قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا قال رحمه الله (ويدفع المال الى المضارب) يعني رب المال يسلم المال اليه ولا بد له من ذلك لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان ما يأخذه مقابل بعمله والمال محل العمل فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية ولان المال أمانة في يده فلا يتم الا بالتسليم كالوديعة وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم المال الى الآخر لان الشركة انعقدت على العمل منهما فشرط انتفاء يد رب المال فيها يخرج العقد من أن يكون شركة ولا كذلك المضاربة لان المال فيها من أحد الجانبين والعمل من الآخر فلا بد من تسليم المال الى العامل وتخليصه له ليتمكن من العمل والتصرف فيه وشرط العمل على رب المال ينافي ذلك فلا يجوز سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير والمعتوه لان يدهما على مالهما بجهة الملك كالكبير فبقاء يدهما يمنع كونه مسلما الى المضارب وكذا أحد الشريكين اذا دفع المال مضاربة فشرط أن يعمل شريكه مع المضارب لان الشريك فيه مالكا فيمنع يده من تسليمه الى المضارب وان لم يكن العاقد مالكا وشرط أن يتصرف في المال مع

(قوله فى المتن ويبيع بنقد ونسيئة) ولو قال رب المال أمرتك أن تبيعه بالنقد فبعته بالنسيئة وقال المضارب لا بل أمرتنى ببيعه مطلقا كان القول للمضارب ولو اختلف الموكل والوكيل فى مثله كان القول للموكل والفرق بينهما مذكور فى شرح التكملة يعنى البزازى فى كتاب الوكالة اهـ وكتب على قوله ونسيئة ما نصه لانه لو كان وكيلا خاصا ملك ذلك باطلاق الوكالة فاذا كان عاما أولى وهذا لانه عسى لا يحصل له الربح الا بالنسيئة اهـ اتقانى وكتب أيضا ما نصه قال صاحب الهداية الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه يعنى اذا باع المضارب الى أجل طويل ليس من عادة التجار أن تبيع الى مثل ذلك لا يجوز كعشر سنين مثلا والنسيئة بالهمز على وزن فعيلة وربما تدغم بعد التخفيف كالخطيئة والنساء بالمد التأخير اهـ اتقانى ذكره فى فصل ما يفعله المضارب اهـ وقد ذكر الشارح الزيلعى رحمه الله فى هذا الفصل أن للمضارب تأخير الثمن الى أجل متعارف فقوله متعارف احتراز عما اذا باع الى أجل طويل اهـ (قوله للمضارب أن يفعل الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وله أن يوكل بالبيع والشراء لانه من عادة التجار اهـ اتقانى (قوله اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة) قال الاتقانى أراد بالمضاربة المطلقة أن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان لانها اذا كانت مقيدة لا يجوز للمضارب أن يعمل فى غير ذلك الزمان وغير ذلك المكان وسيجىء بعد هذا اهـ (قوله ليس له أن يسافر به) أى بمال المضاربة اهـ (قوله وان دفع اليه فى غربة كان له أن يسافر به الخ) قال الاتقانى رحمه الله وكذا له أن يبضع ويودع لان ذلك من عادة التجار ولان المضارب يملك أن يستأجر من يعمل فى المال بعوض فاذا أبضع فقد حصل العمل بغير عوض فهو أولى وانما قلنا يملك أن يستأجر لانه لا يتوصل الى الربح الا بالعمل وربما لا يتمكن المضارب من جميع الاعمال بنفسه فلا بد له من الاجير ولان ذلك عادة التجار ولانه لا يقدر على حفظ المال الا بذلك وهو مأذون فى حفظ المال وله أن يستأجر السفن والدواب والرجال لحمل لان الربح يحصل بنقل المال من موضع الى موضع ولا يمكنه نقل بنفسه قال الكرخى فى مختصره وله أن يرهنه بدين عليه فى المضاربة من مال المضاربة وان يرتهن بدين له منها على رجل لان الرهن الايفاء والارتهان الاستيفاء وهو يملك ذلك بعقد عام والحاصل هنا ما قال الصدر الشهيد وغيره فى شروح الجامع الصغير ان التصرفات فى المضاربة ثلاثة أقسام قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكه باطلاق الايجاب وهو الايداع والابضاع والاجارة والاستئجار والرهن والارتهان وما أشبه ذلك وقسم آخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يحتمل أن يلحق بها عند وجود الدلالة وهو اثبات الشركة فى المضاربة بان يدفع الى غيره مضاربة أو يخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره فانه لا يملك هذا باطلاق المضاربة لان رب المال لم يرض بشركة غيره وهو أمر زائد على ما تقوم به التجارة فلا يتناوله مطلق عقد المضاربة لكن يحتمل أن يلحق به فاذا قيل له اعمل برأيك فله ذلك وقسم آخر ليس هو من المضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها وهو الاقراض والاستدانة على المال لان الاقراض ليس بتجارة والاستدانة على المال تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يحتمل التعدى الا أن ينص عليه فاذا نص عليه اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه ولا مضاربة لانه ليس لاحدهما فيه رأس المال وقال فى شرح الاقطع لا يجوز للمضارب أن يستدين على المضاربة وان فعل ذلك لم يجز على رب المال ألا ترى أنه اذا اشترى برأس المال فهلك قبل التسليم رجع

المضارب فان كان العاقد ليس بأهل للمضاربة فى ذلك المال تفسد كالمأذون يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب لان التصرف فيه اليه واليد ثابتة له فى هذا المال ويده يد نفسه فصار كالمالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز أن يأخذ ماله مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصى اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا أن يعملا بأنفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز لانهما لو أخذا ماله مضاربة ليعملا بأنفسهما بالنصف صح فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز أن يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب والوصى واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير لانه هو رب المال وقد تحققت وان دفع العبد المأذون ماله مضاربة وشرط عمل مولاه مع المضارب ينظر فان لم يكن عليه دين فسدت المضاربة لان المولى مالك لما فى يده فلم يكن من أهل المضاربة فيه وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لانه لا حق للمولى فيه فصار كالاجنبى والمكاتب اذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه معه لا يفسد مطلقا لانه لا يملك ما فى يده فصار كالاجنبى سواء كان عليه دين أو لم يكن قال رحمه الله (ويبيع بنقد ونسيئة ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) يعنى للمضارب أن يفعل هذه الاشياء كلها اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة بأن دفع اليه مضاربة بالنصف مثلا ولم يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع كلها فله أن يفعل ما هو معتاد بين التجار لانه قد يربح فى جهة من التصرف دون جهة أو فى نوع من الانواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح والتوكيل والابضاع والايداع والمسافرة من صنيعهم وعن أبى يوسف انه ليس له أن يسافر به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وعن أبى حنيفة أنه ان دفع اليه المال فى بلده ليس له أن يسافر به لما ذكرنا وان دفع اليه فى غربة كان له أن يسافر به الى بلده لان الظاهر أن

المضارب عليه بمثله وإذا كان كذلك فرب المال لم يرض أن يضمن إلا مقدار رأس المال فلو جوزنا الاستدانة لزمه ضمان ما لم يرض به وذلك لا يصح وإذا لم يصح استدانته على رب المال لزمه الدين خاصة وأما إذا استدان بإذن رب المال فما يشتريه بينهما شركة وجوه ألا ترى المشتري بالدين لا يجوز أن يكون مضاربة لانها لا تصح إلا في مال عين وإذا لم تكن مضاربة لم يبق إلا أن تكون شركة بينهما شركة وجوه وإطلاق الشركة يقتضي التساوي فلهذا كان بينهما نصفين وقد قالوا ليس للمضارب أن يأخذ سفتجة لان ذلك استدانة وهو لا يملك الاستدانة وكذلك أيضا لا يعطي سفتجة لان ذلك قرض وهو لا يملك القرض وكذلك لو قال اعمل برأيك لم يكن له شيء من ذلك لانه ينصرف الى ما يعود الى التجارة ولا يتناول التبرع والاستدانة اهـ قوله والحاصل الخ سيأتي في كلام الشارح في الفصل الآتي بأتم من هذا اهـ (قوله فكان أدنى منها) أي فكان السفر أدنى من الايداع اهـ (قوله وقال ابن أبي ليلى ليس له أن يبيع بالنسيئة) وهذا على أصله مستقيم لان الوكيل المطلق لا يملك البيع بالنسيئة عنده اهـ اتقاني (قوله لانه بمنزلة الابضاع) قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية في المشهور يملك أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة (٥٨) لانه من عادة التجار اهـ اتقاني (قوله وعن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك) رواه ابن رستم عن محمد اهـ (قوله في المتن ولا يزوج عبدا ولا أمة) يعني لو اشترى المضارب عبدا أو أمة لم يكن له أن يزوج واحدا منهما اهـ (قوله في المتن ولا يضارب إلا بإذن أو باعمل برأيك) أي وذلك لان رب المال رضي بشركته ولم يرض باشتراك غيره في الربح فلا يجوز الاشتراك اهـ غاية (قوله أو يقول له اعمل برأيك) وإن لم يقل له ذلك فدفع المضارب المال الى غيره مضاربة قال في شرح الطحاوي ان كانت المضاربة الثانية فاسدة فلا يضمن المضارب الاول وان عمل المضارب الاول في المال لانه بمنزلة الاجير وللمضارب أن يستأجر ويجب للثاني أجر المثل في مال المضاربة فان كانت المضاربة الثانية صحيحة لم يكن المال مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع حتى ان المال لو هلك في يد الثاني قبل أن يعمل هلك أمانة لان مال المضاربة وديعة عند المضارب الاول ولا يكون المضارب الاول مخالفا بالايداع إلا عند زفر فانه يضمن بمجرد الدفع وإذا عمل الثاني صار الاول مخالفا ورب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وان ضمن الاول لا يرجع على الثاني بما ضمن وصحت المضاربة الى الثاني هذا في ظاهر الرواية وروي عن أبي حنيفة أنه قال لا يضمن إذا عمل الثاني ما لم يربح لانه بمنزلة التوكيل إلا أن يظهر الربح ولا يصير الاول مخالفا بالتوكيل وإنما يصير مخالفا بالاشراك وكذلك لو خلط مال نفسه بمال المضاربة ضمن مال المضاربة والربح له والوضيعة عليه وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان وخلط ضمن وتصح الشركة بينهما هذا إذا لم يقل اعمل فيه برأيك فان قال له اعمل برأيك فله أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه وإذا ربح قسم الربح بين المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان جاز ويقسم الربح بينهما على الشرط فإذا قسم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح يستوفي منها رب المال رأس ماله وما فضل فهو بينهما على الشرط كذا في

صاحبه رضي به إذ الانسان لا يقيم بدار الغربة دائما في الغالب وإعطاؤه المال مضاربة في هذه الحالة مع علمه بحاله يدل على رضاه به وجه الظاهر أن المضاربة مشتقة من الضرب في الارض على ما بينا من قبل فيملكه بمطلق العقد إذ اللفظ دال عليه ولا نسلم أنه تعريض على الهلاك لان الظاهر فيه السلامة ولا معتبر بالموهوم ألا ترى أن للمودع أن يسافر بالوديعة مع أنه ليس له أن يودع والمضارب له ذلك فكان أدنى منها وأولى بالجواز وقال ابن أبي ليلى ليس له أن يبيع بالنسيئة لان ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة ويعجزه عن التصرف فيه فيكون موجبا ضد مقصود رب المال فصار كالاقراض بل فوقه لان القرض يمكن الوصول اليه في الحال بواسطة الطلب وهذا لا يمكن فيكون فيها نوع إهلاك أو تبرع ولهذا لو باع المريض بالنسيئة يعتبر من الثلث ونحن نقول البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو متعارف عندهم فيدخل عند الاطلاق لان المتعارف كالمنصوص عليه وهو أقرب الى تحصيل الربح عادة فكان أوفق لمقصود رب المال وله أن يأذن لعبد من مال المضاربة في التجارة لانه بمنزلة الابضاع وعن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك كالمضاربة قلنا المضارب يصير شريكا والعبد لا يكون شريكا فافترقا قال رحمه الله (ولا يزوج عبدا ولا أمة) وعن أبي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب لانه يصل الى المهر والى سقوط نفقتها بخلاف تزويج العبد فان فيه اشتغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به ولهما أنه ليس من باب التجارة فلا يدخل تحت الاطلاق لان لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا بأي طريق كان ألا ترى أنه ليس له أن يكاتب ولا يعتق على مال وان كان بأضعاف قيمته بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يزوج الامة دون العبد لان الكتابة تقتضي الاكتساب دون التجارة ولهذا كان له أن يكاتب فيملك تزويج الامة أيضا ونظيرها الاب والوصي حيث يملكان تزويج الامة والكتابة دون تزويج العبد لان تصرفهما مقيد بالنظر للصغير فما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما لا فلا ونظير المضارب الشريك شركة عنان أو مفاوضة حتى كان تزويجه الامة على الخلاف قال رحمه الله (ولا يضارب إلا بإذن أو باعمل برأيك) يعني لا يجوز له أن يعطي المال مضاربة إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لان الشيء

لا

شرح الطحاوي اهـ اتقاني وكتب ما نصه ولان المضاربة وان كانت تتناول المضاربة من حيث انها من صنع التجار لكن لا تتناولها من حيث ان فيها معنى الامانة والوكالة والاصل عدم التناول فلا تتناول المضاربة بالشك اهـ ذخيرة (قوله لانهما دونها) أى دون المضاربة اهـ (قوله حيث لا يملكهما الا بالتصريح) أى لا بقوله اعمل برأيك اهـ (قوله ونظير المضاربة الشركة والخلط الخ) قال الاتقاني وكذا ليس له أن يشارك مع غيره شركة عنان أو يخلط المال بمال نفسه أو بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره ولان الشئ لا يتضمن ما هو فوقه والشركة أعم من المضاربة وفي خلط المال يثبت في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا اذا قيل له اعمل برأيك اهـ (قوله في المتن ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة الخ) قال الاتقاني رحمه الله والاصل فيه أن رب المال متى شرط على المضارب شرطا في المضاربة ان كان شرطا لرب المال فيه فائدة فانه يصح الشرط ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به واذا لم يوف به صار مخالفا وعاملا بغير أمره وان كان شرطا لا فائدة فيه لرب المال فانه لا يصح ويجعل كالمسكوت عنه اهـ (قوله وكذا الاسعار قد تختلف) أى قد تختلف باختلاف البلدان اهـ (قوله كان المشترى له) يعني اذا اشترى خارج الكوفة (٥٩) وباع وربح أو وضع فالربح له والوضيعة عليه ولكن يتصدق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف يطيب له الربح ولا يتصدق أصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح اهـ اتقاني (قوله وصار بنفس الاخراج متعديا) قال الاتقاني وتكلموا أنه هل يصير مخالفا بنفس الاخراج والاصح أنه يصير ضامنا بنفس الاخراج لانه مأمور بالحفظ في ضمن الامر بالعمل والامر بالعمل مقيد فصار الامر بالحفظ مقيدا أيضا اهـ وكتب ما نصه قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف على أن يشترى ويبيع بالكوفة فخرج الى البصرة فاشترى بها قال اذا اشترى فهو ضامن الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقد شرط الشراء الضامن كما ترى وقال في كتاب المضاربة اذا أخرجه من الكوفة فقد خالف وقد جعله مخالفا بنفس الاخراج قيل هو الصحيح وانما شرط الشراء في الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لاصل الوجود لانه يسقط الضمان عنه بالعود قبل الشراء اهـ (قوله وهذا بخلاف ما اذا قيده الخ) قال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا قال على أن تشترى في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد قال الاتقاني أى هذا الذي ذكرنا من التقييد بالبلد حيث لزمه الضمان اذا جاوزه بخلاف ما اذا قال على أن تعمل في سوق الكوفة لانه لا يتقيد بها حتى اذا اشترى وباع بالكوفة في غير سوقها لم يضمن وهذا الذي ذكره استحسان قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دفعه مضاربة على أن يعمل في سوق الكوفة له أن يعمل في غير السوق بالكوفة استحسانا والقياس أن لا يملكه لانه قيده به الا أنا استحسنا وقلنا يملكه في غير السوق اذا كان في الكوفة لان الشراء لا يتفاوت بين أن يكون في السوق وبين أن يكون في غير السوق لان الاسعار لا تتفاوت في مصر واحد فلا يكون التقييد مفيدا ولو قال لا تعمل به الا في السوق فعمل في الكوفة في غير السوق فهو مخالف بخلاف ما اذا قال على أن تعمل في السوق لانه أطلق العمل به ثم قيده بمكان والتقييد لغو وفي الفصل الثاني بدأ بالنهي واستثنى تصرفا خاصا فلو ألغيناه لا يستقيم الاطلاق بصدر الكلام اهـ اتقاني

لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره الا بما قلنا بخلاف المكاتب والعبد المأذون له والمستعير حيث تضمنت هذه العقود أمثالها لانهم يتصرفون بحكم المالكية لا بحكم النيابة لان المكاتب صار حرا يدا فله أن يكاتب ولان الكتابة كالبيع من نفس العبد فيملكه والمأذون يفك الحجر بقي متصرفا لنفسه فله أن يأذن لعبده والمستعير ملك أيضا تمليك المنفعة وبخلاف الايداع والابضاع لانهما دونها فتتضمنهما وبخلاف الاقراض والاستدانة حيث لا يملكهما الا بالتصريح لان المراد من قوله اعمل برأيك التعميم فيما هو من عادة التجار وليسا منه فصارا كالهبة والصدقة ونظير المضاربة الشركة والخلط بمال نفسه لانهما من صنيع التجار فيدخل تحت قوله اعمل برأيك قال رحمه الله (ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة ووقت ومعامل كما في الشركة) أى اذا خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها أو في معاملة رجل بعينه لا يجوز له أن يتعداه فان تعدى صار ضامنا لان المضاربة توكيل وفي التخصيص فائدة من أمن خطر الطريق وخيانة المضارب ومن نفقته من ماله وكذا الاسعار قد تختلف فبالتقييد تحصل الفائدة فتعتبر ولو عين له بلدا وأخرجه الى غير ذلك البلد أو دفعه بضاعة الى من يخرجه من ذلك البلد ضمن لانه بالمخالفة صار غاصبا وان اشترى شيأ بعد ذلك كان المشترى له لانه بالاخراج بطلت المضاربة وتقرر ذلك بالشراء والنقد من مال الغير فكأنه فصار كمن اشترى شيأ ونقد الثمن من المغصوب ولو لم يشتر شيأ حتى رد المال الى البلد الذى عينه له برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم رجع الى الوفاق وعاد المال مضاربة مثل ما كان لان يده باقية بالعقد السابق وكذا لو رد البعض يكون المردود مضاربة حتى اذا اشترى في ذلك البلد كان المضاربة اعتبارا للجزء بالكل لان التقييد به لما كان مفيدا تقيد به وصار بنفس الاخراج متعديا ضامنا لكنه لا يتقرر الا بالشراء من بلد آخر فاذا رجع قبل تقرره زال الضمان على ما بينا فبقي المال على ما كان وهذا بخلاف ما اذا قيده في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر الواحد قلما تتفاوت جوانبه وأسواقه لانه

كقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره فحينئذ يتقيد به لان المال له وولاية التصرف فيه اليه ولعل ذلك يقيد لوجود الاختلاف حقيقة وكذا الحكم ألا ترى أن المودع اذا شرط عليه الحفظ في محلته ليس له أن يحفظها في محلة أخرى فاذا تصور الاختلاف تقيد به فيضمن اذا خالف بخلاف ما اذا قال له بع نسيئة ولا تبع حالا حيث كان له أن يبيعه حالا عند عدم اختلاف السعر بينهما لانه مخالفة الى خير بيقين فهو نظير من لو وكل شخصا ببيع عبده بألف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بألفين فانه يجوز لما قلنا فكذا هنا وهذا لان الشرط اذا كان غير مفيد لا يعتبر حتى اذا أودع وقال لا تضعها من يدك ليلا ونهارا لا يتقيد به لعدم الفائدة فيه ثم الالفاظ التي تفيد التقييد بالمذكور قوله خذ هذا مضاربة تعمل به في مصر لان قوله تعمل تفسير لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لانه في معنى التفسير لان الفاء للوصل والتعقيب والذي وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيرا له وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف بمصر لان الباء للالصاق فمقتضى أن يكون العمل فيه وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف في مصر لان في للظرف وانما تكون ظرفا اذا حصل الفاعل والفعل فيه وكذا اذا قال خذه مضاربة على أن تعمل بمصر لان على للشرط فيتقيد به ولو قال خذه مضاربة واعمل به في مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن في العمل في غيره لان الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد تكون للابتداء اذا كان بعدها جملة فتكون مشورة لا شرطا في الاول وفي الكافي ما يفيد التقييد من الالفاظ ستة دفعت اليك المال مضاربة على أن تعمل بالكوفة أو لتعمل به أو تعمل بالكوفة مجزوما أو مرفوعا أو فاعمل به بالكوفة أو قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت اليك مضاربة واعمل بالكوفة أو قال اعمل بالكوفة والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما في الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ كما في اللفظين الاخيرين وحينئذ تكون الزيادة شورى فكان له أن يعمل في الكوفة وغيرها ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال لتشتري به الطعام أو قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام فهذا كله مفيد فيعتبر فيه التقييد به ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد وليس له أن يشتري ويبيع من غيره لان هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس في المعاملة قضاء واقتضاء ولو قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو من الصيارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان المقصود من مثل هذا الكلام عادة التقييد بالمكان أو بالنوع فيتقيد بالمكان والنوع حتى لا يجوز له أن يخرج من الكوفة في الاول ويبيع فيها من أهلها ومن غير أهلها ولا يجوز له أن يعمل في غير الصرف في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة وغيرهم لان التقييد بالمكان والنوع مفيد فيعتبر ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة لان كل واحد منهما جمع كثير لا يمكن احصاؤهم فيجتمع فيهم الصالح والطالح فلا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر ويفيد التقييد بالمكان والنوع من حفظ المال على ما يرى هو فيعتبر وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا يتقيد به لانه توكيل فيتقيد به كما يتقيد بالنوع والمكان قال رحمه الله (ولم يشتر من يعتق على المالك) أي ليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بقرابة أو بسبب يمين لان عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد الشراء وفي التصرف فيه كثيرا والعتق ينافيه بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له أن يشتري من يعتق على الموكل لان التوكيل هناك مطلق فيجري على اطلاقه وهنا مقيد بمال يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة أيضا ما يدل على التقييد بأن قال اشتر لي عبدا أبيعه أو قال أستخدمه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه لان الشراء اذا وجد نفاذا نفذ على المشتري كالوكيل اذا خالف بخلاف ما اذا اشترى الوكيل من يعتق على الموكل حيث ينفذ على الموكل والفرق ما بينا قال

(قوله عند عدم اختلاف السعر بينهما) أي خلافا لزفر اه (قوله فانه يجوز) أي خلافا لزفر اه (قوله في الاول) أي في الكلام الاول اه (قوله أو مرفوعا) تعمل به بالكوفة اه (قوله كما في الالفاظ الستة) اذ لا يستقيم الابتداء بقوله على أن تعمل بالكوفة وكذلك في أخواتها فاعتبرت متعلقة بما قبلها فصارت بمعنى الشرط اه اتقاني رحمه الله (قوله كما في اللفظين الأخيرين) أي وهما قوله واعمل بالكوفة بالواو وغير الواو فانه يستقيم الابتداء لان الواو مما يجوز الابتداء به اه اتقاني (قوله وحينئذ تكون الزيادة شورى) كأنه قال ان فعلت كذا فهو أنفع وأحسن اه اتقاني (قوله أو بالنوع) أراد به الصرف اه اتقاني (قوله ويبيع من الصيارفة وغيرهم) أي ما بدا له من الصرف اه اتقاني (قوله في المتن ولم يشتر من يعتق الخ) اذا اشترى المضارب جارية من مال المضاربة فليس لرب المال وطؤها سواء كان في ذلك المال ربح أو لم يكن وتمامه في السراج الوهاج اه وكتب ما نصه وان كان الذي دفع اليه المال مضاربة امرأة فاشترى به المضارب زوجها صح الشراء وبطل النكاح لانه دخل في ملكها بالشراء اه سراج وهاج (قوله أو بسبب يمين) أي بأن حلف بعتقه اذا ملكه اه

(قوله والمراد من ظهور الربح) سيأتي الكلام عليه بأتم من هذا في الحواشي الآتية وفي الاصل (قوله في المتن وضمن ان فعل) أي ضمن المضارب اذا اشترى من يعتق على رب المال أو عليه ونقد من مال المضاربة وهذا أولى من تقييد الشارح لان المصنف لم يذكر الحكم فيما اذا اشترى من يعتق على رب المال فيما تقدم بل أخره الى هنا اهـ قارئ الهداية رحمه الله (قوله فصار كما اذا ورثه مع غيره) أي كما اذا اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا وأختا لا يضمن الزوج للاخ لعدم الصنع منه فكذا هنا اهـ اتقاني (قوله في المتن وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه) أي في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال ونصيبه من الربح اهـ اتقاني رحمه الله (قوله في المتن معه ألف بالنصف) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي ألفا فوطئها ثم جاءت بولد فزعم أنه ابنه (٦٩) ثم زاد الغلام حتى صار يساوي ألفا وخمسمائة والرجل المدعي موسر قال ان شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتق الغلام فاذا دفع اليه ألفا ضمن المدعي نصف قيمة الام الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقوله والمدعي موسر أي المدعي للولد وهو المضارب وانما قيد بيساره نفيا للشبهة ترد بأن يقال كان ينبغي أن يضمن المضارب نصيب رب المال اذا كان المضارب موسرا لان ضمان العتق يختلف باليسار والاعسار ولكنه لا يضمن وان كان موسرا لان نفوذ العتق بمعنى حكمي لا صنع للمضارب فيه على ما بينه * اعلم أن الولد اذا لم ترد قيمته على ألف فدعوة المضارب باطلة لانه لا ملك في واحد من الولد والام لان كل واحد منهما مشغول برأس المال واتفق الكل لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح في الثاني ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلا ولا يضمن العقر فيكون من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب وله أن يبيع الجارية والولد لانهما مال المضاربة وقال بعض المشايخ هذا قول أبي حنيفة لانه لا يرى قسمة الرقيق فيعتبر رأس المال في كل عبد فلا يظهر الربح أما على قول أبي يوسف ومحمد تجوز قسمة الرقيق فتجعل الام والولد كعبد واحد فيظهر الربح فملك المضارب نصف الربح فتصح دعوته فان لم يبع واحدا منهما حتى زاد الغلام فصار يساوي ألفا وخمسمائة نفذت الدعوة السابقة لان الدعوة كانت صحيحة في الظاهر حملا لها على الصحة وهو فراش النكاح لكنها لم تنفذ لعدم الملك لانهما مشغولان برأس المال لا يحتمل أن يملك أحدهما فيتعين الآخر رأس المال فلا يظهر الربح فاذا وجد الملك بظهور الربح نفذت الدعوة وعتق الولد على المضارب الا ترى أن المضارب اذا اشترى عبدين بمال المضاربة وليس في كل واحد منهما فضل فالربح لا يظهر فيهما عندنا خلافا لزفر فان صارت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة

رحمه الله (أو عليه ان ظهر ربح) أي ليس للمضارب أن يشتري من يعتق عليه اذا كان في المال ربح لانه يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف الذي ينافي العتق فيمتنع التصرف فيه والمراد من ظهور الربح المذكور هنا أن تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان في جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن لانه اذا كان قيمة العين مثل رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا برأس المال حتى اذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شيء لان كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمه الى آخر قال رحمه الله (وضمن ان فعل) أي ضمن المضارب ان اشترى قريبه وقيمته أكثر من رأس المال لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة قال رحمه الله (وان لم يظهر ربح صح) أي ان لم يكن في قيمة العبد المشترى زيادة على رأس المال جاز شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على رأس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه أن يبيعه للمضاربة فيجوز قال رحمه الله (فان ظهر عتق حظه) أي ان ظهر الربح في المشترى بعد الشراء بأن كانت قيمته وقت الشراء قدر رأس المال أو أقل ثم زادت قيمته حتى صارت أكثر من رأس المال عتق نصيب المضارب لانه ملك بعض قريبه فوجب أن يعتق عليه بقدره قال رحمه الله (ولم يضمن لرب المال) لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختيار فصار كما اذا ورثه مع غيره قال رحمه الله (وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه) لانه احتبست ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين وأحدهما أبوه وفي الكافي لو اشترى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه وانما دخل العتق فيه حكما للشراء لنفسه فلم يصر مخالفا والشريك في هذا والاب والوصي كالمضارب حتى لو اشترى أحد الشريكين عبدا هو ذو رحم محرم من الشريك الآخر نفذ على المشتري كما ينفذ على المضارب وكذا لو اشترى الاب أو الوصي للصغير عبدا هو ذو رحم محرم من الصغير أو المعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب أو الوصي لانه لا نظر فيه للصغير بخلاف العبد المأذون له فانه لو اشترى ذا رحم محرم من المولى يصح ثم ان لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه عتق على المولى وان كان عليه دين محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق بناء على أنه هل يدخل في ملك المولى أم لا قال رحمه الله (معه ألف بالنصف)

أى مع المضارب (فاشترى به أمة قيمتها ألف فولدت ولدا يساوى ألفا فادّعاه موسرا) أى ادّعاه المضارب في حال يساره (فبلغت قيمته ألفا وخمسمائة سعى لرب المال فى ألف وربعه) أى ربع الالف وهو مائتان وخمسون (أو أعتقه فان قبض الالف ضمن المدعى) وهو المضارب (نصف قيمتها) أى نصف قيمة الجارية وانما كان كذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على أنه ولده من النكاح بأن يحمل أن البائع زوجها منه ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيه اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة اذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر رحمه الله لان بعضها ليس بأولى به من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح فيه فى ذلك الوقت فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لان الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه أما الدعوة فاخبار فاذا ردّ فى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما اذا أقر بحرية عبد لغيره يردّ اقراره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرّا ولو أعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا نفذت دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد لان العتق ثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير أصله وضع القفة على السفينة والقدح الاخير والمرّة الرابعة فى الزنا ولهذا قال الصديق رضى الله تعالى عنه للذى أقر بين يديه بالزنا ثلاث مرات ان اقررت الرابعة فانها هى الموجبة ولا صنع للمضارب فى الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدّى اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدى فكان رب المال بالخيار ان شاء أعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعاه لان ماليته احتبست عنده على ما مر فى الاعتاق فاذا اختار الاستسعاء استسعاه فى ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق له برأس المال ومائتين وخمسين نصيبه من الربح فاذا قبض منه ألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الام كلها ربح لفراغها عن رأس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له

فالآن ظهر الربح وهو خمسمائة ونصفه للمضارب وهو مائتان وخمسون فقد ملك المضارب شيأ من الولد فنفذت دعوته الموقوفة اه اتقانى (قوله سعى) أى الولد اه (قوله أو أعتقه) أى ان شاء رب المال أعتق نصيبه من الولد اه (قوله قبض) أى رب المال اه (قوله الالف) أى من الولد الذى استسعاه اه (قوله وهو ربعه) أى ربع رأس المال اه (قوله ولم يضمن المضارب الخ) قال الاتقانى ولا ضمان على المضارب لرب المال موسرا كان أو معسرا لانه حين ادعى لم تنفذ الدعوة لعدم الملك وحين نفذت الدعوة لم يوجد صنع من المضارب فلا يكون ضامنا لان ضمان العتق ضمان اتلاف فلا بد من الصنع ولم يوجد اه (قوله لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير) على ما عليه عامة المشايخ اه اتقانى (قوله أصله وضع القفة الخ) قال فى الكافى فى باب اليمين بالطلاق والعتاق سفينة لا تحمل الا مائة من فأوقع فيها رجل منا زائدا على المائة فغرقت كان الضمان (٦٣) كله عليه اه (قوله والقدح الاخير) أى فى السكر اه (قوله ولا صنع للمضارب فى الملك) أى لانه بازدياد القيمة ولا صنع له فى ازدياد القيمة اه غاية (قوله لان ماليته) أى مالية الغلام اه (قوله فكانت) أى الام بمنزلة جارية مشتركة بين اثنين فاستولدها أحدهما فيصح استيلاده ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك لانه ملك كسبها وخدمتها فصار ذلك الضمان بدلا والضمان اذا كان بدلا يستوى فيه اليسار والاعسار فلا يفتقر الى الصنع من جهته بخلاف ضمان العتق لانه ضمان اتلاف فلا بدّ من الصنع كذا فى شروح الجامع الصغير وغيرها وقال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى والاصل أن مال المضاربة اذا كان من جنس واحد كالكيلى والوزنى والعروض والحيوان التى تجرى القسمة فيها اذا كانت جماعة وفيها فضل على رأس المال يظهر للمضارب فيها نصيب نحو أن يصير كله حنطة أو كله دراهم أو دنانير أو عروضا أو حيوانا من جنس واحد سوى الرقيق أو ثيابا من جنس واحد حتى ان الزكاة تجب عليه اذا كان نصيبه منه يبلغ نصابا كاملا ولو صار مال المضاربة من أجناس مختلفة فكل جنس منها مشغول برأس ماله حتى انه لا يجب عليه شئ من الزكاة ويجب على رب المال زكاة ثلاثة أرباعها لانه يحصل له فى الحاصل هذا القدر لان رأس المال كان ألفا فاشترى ما يساوى ألفين ولو صار مال المضاربة رقيقا فانه ينظر ان كان واحدا وفيه فضل على رأس المال يظهر للمضارب فيه نصيب وهو نصف الفضل ولو كانوا جماعة قيمة كل واحد منهم رأس المال فلا يظهر للمضارب فيه نصيب ويكون كل واحد منهم مشغولا برأس المال فيكون كالاجناس المختلفة لانها لا تقسم قيل هذا على قول أبى حنيفة وعلى قولهما يقسم الرقيق فيظهر للمضارب نصيبه من كل عبد قدر ربعه وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث ولا كذلك سائر الحيوانات اذا كانت من جنس واحد وان كانت جماعة فانه ينظر الى قيمة الكل فان كان فى قيمة الكل فضل على رأس المال

كان للمضارب نصف الفضل كذا في شرح الطحاوي اهـ اتقاني (قوله ولهذا لو ورث أم ولده الخ) بأن استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه اهـ (قوله ويضمن أيضا نصف عقرها) تقدم أنه يحمل على الاستيلاد بالنكاح فكيف يجب العقر اهـ من خط قارئ الهداية

لان الاستيلاد إذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزأ بالاجماع ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار ولا يتوقف على التعدي لانه ضمان تملك ولهذا لو ورث أم ولده مع غيره يتملكها كلها ويجب عليه أن يضمن حصة غيره من قيمتها موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان افساد لا تملك وهو متولد من تصرفه في ملكه فلا يجب عليه بغير تعد ولا على معسر واشتراط اليسار هنا ليعلم أنه لا يجب على أحد وانما شرط قبض رب المال الالف من الغلام حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب لانها مشغولة برأس المال فاذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولد له لما ذكرنا فان قيل لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بأن يجعل الولد كله ربحا وهي مشغولة برأس المال على حالها قلنا المقبوض من جنس رأس ماله فكان هو أولى بجعله من رأس ماله ولان رأس المال مقدم على الربح إذ لا يسلم لهما شيء من الربح الا بعد سلامة رأس المال لرب المال فكان جعله به أولى بعد وصوله الى يده ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الام حتى صارت ألفا وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألف درهم ومائتين وخمسين درهما لانها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف ويجب عليه أيضا نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون فاذا وصل الى يده ألف استوفى رأس المال وصار الولد كله ربحا فملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم يصل الى رب المال الالف فالولد رقيق على نحو ما ذكرنا في الام ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على أنه نصيبه من الربح ولو زادت قيمتهما عتق الولد وصارت الجارية أم ولد له لان الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب لان ما وجب عليه أيسر المالين لانه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر ويأخذ منه أيضا ما بقي من نصيبه من الربح ويضمن أيضا نصف عقرها لانه لما استوفى رأس المال ظهر أنه ربح لان عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام في نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب والله أعلم

﴿باب المضارب يضارب﴾

قال رحمه الله (فان ضارب المضارب بلا اذن لم يضمن ما لم يعمل الثاني) أي اذا دفع المضارب المال مضاربة بغير اذن رب المال لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف الثاني وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يضمن حتى يربح وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع تصرف أو لم يتصرف وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لانه ليس له أن يدفع المال على وجه المضاربة لان العقد لا يقتضي مثله على ما بيناه فيضمن الاول بالدفع والثاني بالاخذ لان كلا منهما متعد كالمودع اذا أعار الوديعة بغير اذن صاحبه ووجه الظاهر أن الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالتصرف ووجه المروي عن أبي حنيفة رحمه الله أن العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف

لما ذكر حكم دفع المال مضاربة من رب المال الى غيره ذكر حكم دفع المضارب الى غيره مضاربة لان الاولى مضاربة مفردة وهذه مركبة والمركب بعد المفرد وجودا وعدما اهـ اتقاني (قوله في المتن فان ضارب المضارب بلا اذن) أي أو تفويض بأن لم يقل له رب المال اعمل برأيك لانه اذا قيل له ذلك ملك أن يضارب حينئذ اهـ (قوله لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف) أي ربح أو لم يربح اهـ (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة) هو رواية محمد بن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة اهـ (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) والحاصل أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني في ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة واذا عمل الثاني بالمال ان عمل عملا لم يدخل تحت المضاربة بأن وهب المضارب الثاني المال من رجل أو استهلكه فالضمان على الثاني دون الاول وان عمل عملا دخل تحت المضاربة بأن اشترى بالمال شيئا فان ربح فعليهما الضمان وان لم يربح فلا ضمان على واحد منهما في ظاهر الرواية اهـ اتقاني (قوله ووجه الظاهر) قال الاتقاني ووجه قولهما وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة أن مجرد الدفع لا يتعلق به ضمان ألا ترى أن المضارب له أن يودع ويبضع فلم يضمن بمجرد الدفع لعدم تحقق المخالفة بخلاف ما اذا تصرف الثاني حيث يجب الضمان لانه يحصل العمل في المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجب الضمان فجعل الامر مراعى أي موقوفا قبل العمل حتى اذا عمل الثاني وجب الضمان والا فلا اهـ (قوله ولا بالتسليم) يعني لا يجب الضمان على المضارب بالتسليم الى المضارب الثاني اهـ

(قوله بغير اذنه) يعنى اذا دفع المال مضاربة وعمل الثانى ثبت الضمان مستندا الى وقت الدفع اه ولا مخالفة حينئذ بين هذا و بين ما تقدم من قوله لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف اه (قوله لانه باداء الضمان الخ) قال الاتقانى لانه لما ضمن ملك بالضمان اه (قوله يرجع بما ضمن على الاول) أى لانه غره بالعقد فصار كمودع المودع اه اتقانى (قوله اذ هو مغدور) بالدال المهملة من الغدر كذا السماع اه غاية والذى بخط الشارح وهو الزيلعى مغرور بالراء اه (قوله كمودع الغاصب) يعنى أن مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب بما ضمن اه اتقانى (قوله لانه لما كان قرار الضمان عليه) (٦٤) أى المضارب الاول اه (قوله ولا يطيب للاول) أى فى قياس قول أبى حنيفة اه وكتب ما نصه قال فى شرح الكافى ولو كان المضارب الثانى لم يعمل بالمال حتى ضاع فى يده فلا ضمان على واحد من المضاربين لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع اذ هو حفظ وصيانة وله أن يأمر غيره بالحفظ وانما يجب بالتصرف وقد انعدم التصرف ههنا ولو استهلك المضارب الثانى المال كان الضمان عليه خاصة لانه غير مستند الى أمره فانقطعت اضافته عنه اه اتقانى (قوله فلا يخلو عن شبهة) أى لان الثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فلا يثبت الملك من كل وجه فيتمكن الخبث فى الربح ولا يطيب اه اتقانى (قوله هذا) أى ما تقدم من ضمان الاول أو الثانى محله ما اذا كانت المضاربتان الخ اه (قوله وان كانت هى الاولى) أى فقط وكانت الثانية جائزة اه (قوله وكانا أجيرين) والمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثانى وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثانى على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل بمضاربة صحيحة فاستحق ما سمى له اه اتقانى (قوله غيره وكذا اذا كانتا فاسدتين) قال الاتقانى وهذه الفصول الاربعة جوابها فى الاصل اه وقوله الفصول الاربعة وهى أن تكون المضاربتان جائزتين أو فاسدتين أو الاولى جائزة والثانية فاسدة أو عكسه اه (قوله لا يضمن واحد منهما) أى لان المضارب الاول أجير فى المال والثانى أجير الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل فى ماله فاستأجر الاجير رجلا اه غاية (قوله فينصرف ذلك الى نصيبه) أى الى نصيب المضارب الاول اه

لانه ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل وهو له أن يوكل وهذا لانه انما يصير ضامنا بالمخالفة و بهذه الاشياء لا يصير مخالفا ألا ترى أن له أن يفعل كل واحد منها على الانفراد فلا يكون ضامنا به لكن اذا ربح أثبت الشركة فيه واثبات الشركة فى مال الغير سبب للضمان كما اذا خلطه بمال غيره ثم رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول رأس ماله لانه صار غاصبا بالدفع الى غيره بغير اذنه وان شاء ضمن الثانى لانه قبض مال الغير بغير اذن صاحبه وهذا ظاهر على أصلهما لانهما يوجبان الضمان على مودع المودع وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فقد قيل ينبغى أن لا يضمن الثانى كمودع المودع وقيل يضمن الثانى عنده أيضا لانه قبضه لنفع نفسه بخلاف مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال فان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثانى والربح بينهما على ما شرطا لانه بأداء الضمان ملكه من وقت خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة الى الثانى وان ضمن الثانى يرجع بما ضمن على الاول لانه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بالمخالفة اذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما لانه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندا الى وقت التعدى فتبين أنه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة و يطيب للثانى ما ربح لانه يستحقه بالعمل ولا خبث فى عمله ولا يطيب للاول لانه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندا فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين وأما اذا كانت احداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هى الفاسدة صار أجيرا على ما بينا وللاول أن يستأجر من يعمل فى المال وان كانت هى الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية فى هذه الحالة لصار الثانى شريكا وليس للاجير أن يشرك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا أجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين فاذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما ولا يقال الاجير ليس له أن يستأجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاول أن يستأجر بعدما فسدت الاولى وهو أجير فيها لانا نقول الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له أن يستأجر فى المضاربة الصحيحة كان له أن يستأجر فى الفاسدة أيضا قال رحمه الله (فان دفع باذن بالثلث وقيل له ما رزق الله بيننا نصفان فللمالك النصف وللاول السدس وللثانى الثلث) أى دفع المضارب الاول الى المضارب الثانى بالثلث وكان رب المال قال للاول على أن ما رزق الله بيننا نصفان وربح الثانى فلرب المال النصف وللمضارب الاول السدس وللمضارب الثانى الثلث لان الدفع الى الثانى صحيح لانه بأمر المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل الاول للثانى ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيأ فبقى له السدس و يطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال لانه نماء ملكه والمضارب الاول والثانى يستحقانه بالعمل لان عمل الثانى وقع عنهما فصار نظير من استأجر خياطا ليخيط له ثوبا بدرهم واستأجر هو

غيره ليخيط له ذلك الثوب بنصف درهم وزاد قيمة الثوب طاب لهم جميع ما قلنا فهذه لا شبهة فيها وهي تجارة حسنة حيث يستحق الاول سدس الربح وهو قاعد قال رحمه الله (ولو قيل ما رزقك الله بيننا نصفان) أي قال رب المال للاول ذلك والمسئلة بحالها (فللثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك نصفان) لان رب المال هنا شرط أن يكون ما رزق الله المضارب الاول بينهما نصفين والمرزوق للاول هو الثلثان لان الثلث استحقه الثاني بشرط الاول وهو مأذون له فيه فلم يكن من رزق الاول الا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضا لما ذكرنا وهذا أحسن في حق الاول قال رحمه الله (ولو قال له ما ربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي) أي قال رب المال للمضارب الاول أي شيء ربحت فهو بيننا نصفان ثم دفع الاول للثاني بالنصف فللثاني نصف الربح لان الاول شرط له ذلك وشرطه صحيح لانه باذن المالك والباقي وهو النصف استوى فيه رب المال والمضارب الاول فيكون بينهما نصفين لان رب المال لم يشترط لنفسه هنا الا نصف ما ربحه الاول ولم يربح هو الا النصف والنصف الآخر صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الاول وهذه مثل المسئلة الثانية غير ان المشروط فيها الثاني الثلث فيبقى لهما الثلثان وفي هذه النصف فيبقى لهما النصف قال رحمه الله (ولو قيل له ما رزق الله فلي نصفه أو ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شيء للاول) لان قول رب المال ما رزق الله أو ما كان من فضل ينصرف الى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاول الثاني نصف جميع الربح فيكون له أيضا النصف فلم يبق للاول شيء من الربح فيخرج بغير شيء كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الاجير غيره ليخيط ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما اذا قال ما ربحت بيننا نصفان أو ما رزقك الله حيث يكون لرب المال فيها نصف ما بقي من الثاني وهي المسئلة المتقدمة على ما بينا والاصل فيه أن رب المال متى ما شرط لنفسه نصف الربح أو ثلثه من مطلق الربح فله ما شرط من جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الاول أو ثلثه فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن أن يخرج الاول في هذه بغير شيء وفي الاولى يمكن على ما رأيت ويمكن أن يضمن للثاني أيضا على ما نبين قال رحمه الله (ولو شرط للثاني ثلثيه والمسئلة بحالها ضمن الاول للثاني سدسا) أي سدس الربح من ماله لان رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ في حق رب المال اذ لا يقدر أن يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد ولانه غره في ضمن عقد المضاربة وهو أيضا سبب للرجوع كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فدفعه الاجير الى من يخيطه بدرهم ونصف قال رحمه الله (وان شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح) أي اذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد مع المضارب ولنفسه ثلث الربح جاز لان اشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فكأنه شرط للمولى ثلثي الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من أهل أن يضارب في مال مولاه وللعبد يد معتبرة ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه لا سيما هنا لانه يكون العبد مأذونا له باشتراط العمل عليه فلا تكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم اليه فصحت المضاربة لزوال يد المولى عن المال بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال لان بقاء يده يمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم ان لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أو لم يشرط وان كان عليه دين فهو لغرمائه ان شرط عمله وان لم يشترط عمله فهو للمولى وهذا ظاهر لانه باشتراط عمله صار مضاربا في مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه والا فهو للمولى وان لم يشترط عمله فهو أجنبي عن العقد فكان المشروط كالمسكوت عنه فيكون له لانه نماء ملكه اذ لا يشترط بيان نصيبه وانما يشترط بيان نصيب المضارب لكونه كالاجير وكذلك اذا شرط الثلث لعبد المضارب يصح سواء اشترط عليه العمل

(قوله وزاد قيمة الثوب) هذه الجملة لم يذكرها الكاكي وذكرها قبلها اه وكتب على قوله وزاد قيمة الثوب ما نصه سيأتيك بالتأمل في معناه اه (قوله في المتن ولا شيء للاول) أي لانه جعل ماله لغيره فلا يبقى له شيء اه اتقاني (قوله ولانه غره في ضمن عقد المضاربة) وانما قيد الغرور بضمن العقد قال الاتقاني لان الغرور اذا لم يكن في ضمن العقد لا يجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكه فسلكه فاقتطع عليه الطريق لا يجب الضمان اه (قوله في المتن ولعبده) أي لعبد رب المال والتقييد بعبد رب المال لا للشرط لان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي (قوله اذا شرط المضارب لرب المال الخ) وأما اذا شرط الثلث لابن المضارب أو لزوجته فالمضاربة جائزة وما شرط لابن المضارب فهو لرب المال لان ابن المضارب لا يجوز أن يستحق من غير مال ولا عمل اه فصار المشروط مسكوتا عنه وما سكت عنه من الربح فهو لرب المال اه اتقاني (قوله فكأنه شرط للمولى ثلثي الربح) وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال لان المشروط في قضاء دين أحدهما مشروط له اه اتقاني (قوله والا فهو للمولى) أي لانه لا يجوز أن يستحق ربحا في المضاربة من غير عمل ولا مال اه (قوله فيكون له) أي لرب المال اه

أو لم يشترط ان لم يكن عليه دين لأن ما شرطه له للمولى فيكون كأنه شرط للمولى من الابتداء وان كان عليه دين ان شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرطه له لرب المال عند أبي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك كسب عبده المديون عنده فلا يكون المشروط للعبد مشروطا للمولى فتعذر تصحيحه له وكذا لا يمكن جعله للعبد من غير عمل فبطل بخلاف ما اذا شرط لعبد رب المال بلا عمل فان العبد ان لم يستحقه يبقى في ملك رب المال فيكون له لانه نماء ملكه وعندهما المولى يملك كسب عبده المدين فاشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فيصح هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون له عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على مولاه لا يصح ان لم يكن عليه دين لانه اشتراط العمل على المالك بخلاف العكس وان كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك كسب عبده المديون فصار من أهل أن يعمل في مال المضاربة وعندهما يملك كسب عبده المدين فلا يجوز ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب ان شرط عمله جاز عمله وكان المشروط له لانه صار مضاربا له باشتراطه العمل عليه وهو من أهل أن يضارب في مال مولاه لانه كالاجنبي عنه وان لم يشترط عمله لا يجوز لان هذا ليس بمضاربة وانما المشروط هبة موعودة فلا يلزم وعلى هذا غيره من الاجانب ان شرط له بعض الربح وشرط عليه عمله صح والا فلا ويعلم بما ذكرنا أن اشتراط عمل العبد مع المضارب في المختصر وقع اتفاقا أو اعلاما أن يده ليست يد المولى حتى لا تمنع صحة المضاربة بخلاف اشتراطه على المولى قال رحمه الله (وتبطل بموت أحدهما) لان المضاربة وكالة وهي تبطل به ولا تورث وقد عرف في موضعه قال رحمه الله (و بلحوق المالك مرتدا) يعني تبطل المضاربة بلحوق رب المال بدار الحرب مرتدا لان اللحوق بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله وتعتق أمهات أولاده ومدبروه وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله على النفاذ بالاسلام أو البطلان بالموت أو القتل لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان

(قوله فيكون كأنه شرط للمولى من الابتداء) أي فيكون للمضارب الثلثان ولرب المال الثلث اه (قوله فبطل) فصار كالمسكوت عنه وما سكت عنه فهو لرب المال كما تقدم اه (قوله في المتن وتبطل بموت أحدهما) لأن المضارب يتصرف في المال باذن رب المال كالوكيل فاذا مات رب المال بطل الاذن فلم يجز التصرف في مال الغير بغير اذنه وكذلك اذا مات المضارب تبطل المضاربة لانه بمنزلة الوكيل وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا ينتقل ذلك الى ورثته فكذلك هذا قاله الاتقاني رحمه الله ثم قال اعلم أن عقد المضاربة بمنزلة الوكالة الخاصة لكن يفترقان في مسائل منها ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب شراء المضارب و بيعه واذا أراد المضارب أن يرد عبدا قد اشتراه بالعيب فطلب البائع يمين المضارب ما رضي بالعيب ولا عرضه على البيع منذ اشتراه فنكل المضارب عن اليمين بقي العبد على المضاربة لان أقصى ما في الباب أن يجعل هذا شراء مبتدأ ولو اشتراه ابتداء صح فكذا اذا استرد بالعيب وكذلك لو أقر بالعيب يلزمه العبد على المضاربة بما ذكرنا بخلاف الوكيل لانه لا يملك الشراء فلا يصح اقراره ومنها ما ذكر في شرح الكافي أيضا في باب المضارب يدفع المال مضاربة واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك فدفعه المضارب الى رجل مضاربة بالثلث فعمل به فربح فللمضارب الآخر ثلث الربح وللاول سدسه ولرب المال نصفه فان دفع الثاني الى ثالث مضاربة وقد كان قال الثاني اعمل فيه برأيك له أن يشاركه به وأن يخلطه بماله فرق بين هذا وبين الوكيل اذا قال اعمل برأيك كان للوكيل أن يوكل غيره ولو قال الوكيل الأول الثاني اعمل فيه برأيك لم يكن للثاني أن يوكل غيره لان الاول استفاد ولاية التوكيل بالاذن والاذن وجد في حقه خاصة فلا تثبت هذه الولاية بخلاف المضارب لانه استفاد هذه الولاية بعقد الشركة لانه استفاد ولاية التجارة مطلقا بقوله اعمل فيه برأيك فملك جميع أنواع التجارات وهذا نوع تجارة فملك التفويض الى غيره ومنها أن الوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعد الشراء فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما أخذه ثانيا لا يرجع به مرة المضارب أخرى والمضارب يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يصل الثمن الى البائع وهو مذكور في الهداية قبيل فصل في الاختلاف من كتاب المضاربة والفرق أن الثمن اذا توى في يد الوكيل قبل التسليم الى البائع رجع به على الموكل ثم لو توى ثانيا لم يملك الرجوع لان الوكيل يتصرف لنفسه ولهذا كانت العهدة عليه لكن لما أدى الثمن بامره كان له أن يرجع عليه واذا رجع مرة أخرى فقد قبض ما وجب له على الموكل و برئت ذمته فلا يرجع ثانيا بخلاف المضارب فانه قابض للمضاربة لا لنفسه لانه عامل للمضاربة كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في باب المضاربة في المضاربة ومنها أن المضارب اذا اشترى بمال المضاربة عروضا ثم عزله رب المال عن المضاربة لم يعمل عزله وان علم بعزله وسيجيء ذلك في المتن بعد خطوط وذلك لانه لا يملك حجره في هذه الحالة لتعلق حق المضاربة به وهو حق البيع ليربح عليه بخلاف الوكيل لانه ينعزل اذا علم لانه لم يتعلق حقه به ومنها (١)

---

(١) قول المحشي ومنها هكذا في الاصل وكتب الناسخ بعده لم يكتب المحشي كما جرت بذلك عادته اه مصححه

المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم لان تصرفاته انما توقفت لكان توقفه في ملكه ولا ملك له هنا في مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا تتوقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة على حالها قال رحمه الله (وينعزل بعزله ان علم) أي ينعزل المضارب بعزل رب المال اياه بشرط أن يعلم العزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله على ما بينا في الوكالة قال رحمه الله (وان علم والمال عروض باعها) أي علم المضارب بالعزل ومال المضاربة عروض باع العروض ولا ينعزل من ذلك لان له حقا في الربح ولا يظهر الا بالنض فثبت له حق البيع ليظهر ذلك قال رحمه الله (ثم لا يتصرف في ثمنها) لان البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ان كان فيه ولا حاجة اليه بعد النض فصار كما اذا عزله بعد ما نض وصار من جنس رأس المال ولو عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس رأس المال ليس له أن يبيعه بجنس رأس المال قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفي الاستحسان له أن يبيعه بجنس رأس المال لان الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له أن يبيعه ضرورة وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعه كما لا يمنعه عزله منه لان جواز بيعه له بعد العزل لاجل حق المضارب لاحتمال أن يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف بين أن يكون العزل حكميا أو قصديا لان حقه ثابت فيه على كل حال بخلاف ما اذا لم يكن له فيه حق بأن نض كله أو كان وكيلا لا مضاربا حيث يختلف فيه بين العزل القصدي والحكمي حتى لا ينعزل في القصدي الا اذا علم وفي الحكمي ينعزل علم أو لم يعلم على ما بينا من الفرق بينهما في الوكالة وهنا لا فرق بينهما لان المانع هو ثبوت حقه وهو ثابت فيه على كل حال والدليل على أنهما يستويان فيه أن العلم بالعزل لا تأثير له هنا فكذا كونه حكميا لان القصدي بعد العلم يساوي الحكمي مطلقا قال رحمه الله (ولو افترقا وفي المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون) لانه كالاجير والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما في الاجارة المحضة قال رحمه الله (والا لا يلزمه الاقتضاء) أي ان لم يكن في المال ربح لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع ولا جبر على المتبرع على اتمام ما تبرع به ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم ولا يقال الرد واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم كما أخذه لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة قال رحمه الله (ويوكل المالك عليه) أي يوكل المضارب المالك وهو رب المال على الاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على أن يحيل صاحب المال كيلا يضيع حقه قال رحمه الله (والسمسار يجبر على التقاضي) لانه يبيع ويشتري للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه التقاضي والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله فصار كالمضارب اذا كان في المال ربح والسمسار بكسر الاول المتوسط بين البائع والمشتري فارسية معربة والجمع السماسرة يبيع ويشتري للناس بأجرة من غير أن يستأجر ولو استؤجر بأجرة معلومة على أن يشتري أو يبيع شيأ معلوما لا تجوز الاجارة لانه استؤجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشراء والبيع لا يتم الا بمساعدة غيره وهو البائع والمشتري فلا يقدر على تسليمه والحيلة في جوازه أن يستأجره يوما للخدمة فيستعمله في البيع والشراء الى آخر المدة لان العقد يتناول المنفعة وهي معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليمها بتسليم نفسه في المدة ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيأ لا بأس به لانه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله تعالى حسن قال رحمه الله (وما هلك من مال المضاربة فمن الربح) لانه تابع ورأس المال أصل لتصور وجوده بدون الربح لا العكس فوجب صرف الهالك الى التبع لاستحالة بقائه بدون الاصل كما يصرف الهالك

(قوله فالمضاربة على حالها عندهم) قال في المجمع وتبطل بموت رب المال وبردته ولحاقه وبموت المضارب دون ردته اه (قوله لان تصرفاته) أي تصرفات المرتد اه (قوله ولا يظهر الا بالنض) في المغرب نضيض الماء خروجه من الحجر أو نحوه وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب ومنه خذ ما نض لك من دينك أي ما تيسر وحصل وفي الحديث يقتسمان ما نض بينهما من العين أي صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا والناض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير اه كاكي وقوله عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير منه ما ذكره في الفائق في حديث عمر رضي الله عنه كان يأخذ الزكاة من ناض المال هو ما نض منه أي صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا اه اتقاني (قوله لكن من خلاف جنس رأس المال) أي بأن يكون رأس المال دراهم والناض دنانير أو على العكس اه اتقاني (قوله في المتن ولو افترقا) المراد من افتراق رب المال والمضارب فسخهما عقد المضاربة اه اتقاني (قوله في المتن والا لا يلزمه الاقتضاء) وقال الشافعي يلزمه الاقتضاء وان لم يكن في المال ربح كذا في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد) أي ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين عن الذي عليه الدين لم يجز ضمانه لان العقد جعله أمينا فلا يملك ان يجعل نفسه ضمينا فيما جعله العقد أمينا اه غاية

(قوله الى العفو فى الزكاة) اى عند أبى حنيفة وأبى يوسف اه اتقانى (قوله اذ لا يتصور بقاء التبع الخ) قال فى قسم المبسوط من الشامل ولو ربح ألفين فأخذ رب المال رأس ماله ألفا وأخذ المضارب من الالفين حصته ألفا ولم يأخذ رب المال حصته حتى هلك رد المضارب نصف ما أخذ من الربح لان رب المال ما لم يأخذ فهو على المضاربة وصار كأنه لم يكن الربح الا فى يد المضارب وان كان ما أخذه المضارب هلك بهلاك من ماله لانه صار مستوفيا حقه فخرج من المضاربة والاصل أن ما يستوفيه المضارب لنفسه صار فى ضمانه والذى لم يستوف رب المال باق على حكم المضاربة اه اتقانى (قوله فصل اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع) هذه الانواع الثلاثة قد تقدمت عند قوله فى المتن ويبيع بنقد ونسيئة نقلا عن الاتقانى فراجعها اه (قوله وهو ما هو معتاد بين التجار) قال فى الهداية لان له الامر العام المعروف بين الناس قال الاتقانى أى المضارب له (٦٨) ولاية الامر الشائع المشهور فى عرف الناس يعنى به ما هو من صنيع التجار والدليل على أن له هذه الولاية أنه يشترى دابة للركوب والحمل ولا يشترى سفينة للركوب ويشترى سفينة للحمل اعتبارا لصنيع التجار قال فى قسم المبسوط من الشامل دفع مضاربة على أن يشترى الطعام خاصة له أن يستأجر لنفسه أو يشترى دابة للركوب والحمولة لانه مما يفعله التجار ولا يشترى سفينة يحمل فيها الطعام لانه ليس من عادة التجار الا جرم فى بلد عادتهم ذلك يجوز ولو كانت المضاربة عامة جاز شراء السفينة أيضا لانه وقعت عامة كذا فى الشامل اه وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله والحاصل أن المضارب علك على رب المال ما هو تجارة من كل وجه أو ما هو من صنيع التجار بأن لم يكن للتجار منه بد أما ما ليس بتجارة من كل وجه أو هو تجارة من وجه دون وجه وليس ذلك من صنيع التجار لا علك المضارب على رب المال ومن هذا قلنا ان المضارب لا علك تزويج غلام وتأخير المضاربة لانه ليس بتجارة اه وكتب أيضا ما نصه قال فى الهداية ولو احتال بالثمن على الأيسر على الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر قال الاتقانى يعنى لو قبل المضارب الحوالة من المشترى بالثمن على غير المشترى جاز وان كان المحتال عليه أعسر من المشترى لان ذلك من صنيع التجار لان له أن يقابل البيع مع الاول ثم يبيع من الاعسر بخلاف الوصى يقبل الحوالة من مشترى مال اليتيم على أعسر منه حيث لا يجوز لان ولايته نظرية وليس فى ذلك نظر اه

الى العفو فى الزكاة قال رحمه الله (فان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب) لانه أمين فلا يكون ضمينا التنافى بينهما فى شئ واحد قال رحمه الله (وان قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك رأس ماله) أى اذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها ولم يفسخاها بأن اقتسما بعض المال وترك بعضه فى يد المضارب على أنه رأس المال والمقتسم ربح ثم هلك المتروك فى يده وهو أمانة ترادا الربح الذى اقتسماه حتى يستوفى رب المال رأس ماله لان الربح تابع ورأس المال أصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الاصل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه أو قال فرائضه فاذا هلك ما فى يده تبين انه ليس برأس مال وأن ما اقتسماه ليس بربح اذ لا يتصور بقاء التبع بدون الاصل فيضمن المضارب ما أخذه على انه ربح لانه أخذه لنفسه حتى يتم به رأس المال بخلاف ما بقى فى يده حيث لا يضمنه لانه لم يأخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب عليه من رأس المال ونظيره عزل الورثة بعض التركة لقضاء دين الميت به ثم اقتسامهم بقية التركة ثم هلاك المعزول فان قسمتهم قد بطلت ووجب عليهم التراد لقضاء الدين فان كان فيهم غريم فهو محسوب عليهم من الدين لان الورثة لا يسلم لهم شئ الا بعد قضاء الدين قال رحمه الله (وما فضل فهو بينهما) أى ما فضل من رأس المال بعد التراد يكون بينهما لانه ربح لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء رأس ماله الا فى الربح قال رحمه الله (وان نقص لم يضمن المضارب) لانه أمين فيه قال رحمه الله (وان قسم الربح وفسخت ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول) أى لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيا فهلك المال بعد ذلك لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا آخر وهذه هى الحيلة فيما اذا خاف المضارب أن يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى فى يده من رأس المال وصورة هذه الحيلة أن يسلم المضارب رأس المال الى رب المال ثم يقتسما الربح ثم يرد رب المال رأس المال الى المضارب ويقول له اعمل على المضاربة فتكون تلك مضاربة مستقبلة فهلاك المال فيما بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذى كان فى الاولى وهكذا اذا فعلا ذلك فى كل ما اقتسماه لا يجب عليهما التراد عند الهلاك

(فصل) اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة وهو ما هو معتاد بين التجار كالرهن والارتهان والايجار والاستئجار للركوب أو الحمل والشراء له ولو سفينة اذا احتاج اليها

(قوله متعارف) قد ذكرنا فائدة التقييد به عند قوله فى المتن فيما سبق و يبيع بنقد و نسيئة اه (قوله ولو بعد البيع) قال فى الهداية ولو باع ثم أخر الثمن جاز بالاجماع قال الاتقانى يعنى المضارب يملك تأجيل ثمن المبيع بالاتفاق وهذا على أصل أبى حنيفة ومحمد ظاهر لان الوكيل بالبيع يملك ذلك فالمضارب أولى لان ولاية المضارب أعم لانه يصير شريكا فى الربح دون الوكيل وأما أبو يوسف يجوز عنده تأجيل المضارب دون الوكيل لان المضارب يملك أن يشترى السلعة ثم يبيعها بنساء فملك التأخير وهذا لانه يملك الاقالة فاذا ملك الاقالة كان له أن يؤجل وكأنه باع بنسيئة ابتداء والوكيل لا يملك الاقالة فلا يملك التأجيل اه (قوله وليس بمضاربة) أى لانها لا تصح الا فى مال عين واذا لم تكن مضاربة لم يبق الا أن تكون بينهما شركة وجوه اه اتقانى (قوله ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل

وتأخير الثمن الى أجل متعارف ولو بعد البيع لانه يملك الاقالة بخلاف الوكيل بالبيع عند أبى يوسف رحمه الله حيث لا يجوز تأجيله الدين بعد البيع لانه لا يملك الاقالة ثم بيعه نسيئة وهنا يملك ونوع لا يملكه بمطلق العقد و يملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لان رب المال رضى بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه هو طريق فى التثمير فمن هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دال عليه ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه وهو الاستدانة لان فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ وصورته هو أن يشترى بالدين بعد ما اشترى برأس المال كله نوعا من التجارة فاذا فعل ذلك بأمره كان المشترى بينهما على ما شرطا وربحه تبع لاصله حتى يستحقانه بقدر استحقاقهما الاصل و يبطل شرطهما فيه خلاف ذلك اذ هو شركة وجوه وليس بمضاربة لانه اذا اشترى برأس المال عرضا ثم اشترى شيأ آخر بالدين يكون زائدا على رأس المال فلم تنعقد عليه المضاربة أو اشترى بأكثر من رأس المال ابتداء كان حصة دفع الزيادة شركة لانه لو لم ينص عليه كان ينفذ على المضارب فاذا أذن له نفذ عليهما وأخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق على مال وغير مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه الا بالنص ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل أو موزون أو معدود نفذ على المضارب لانه استدانة ولو اشترى بدنانير كان للمضاربة استحسانا لانهما جنس واحد من وجه قال رحمه الله (ولا تفسد المضاربة بدفع المال الى المالك بضاعة) وقال زفر رحمه الله تفسد ولا يستحق المضارب من ربحه شيأ لان رب المال متصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان الوكيل هو الذى يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا لغيره فيه بل يكون مستردا لماله لانه يملك عزله واسترداد ماله فى أى وقت شاء اذا لم يتعلق به حقه فصار كما اذا لم يسلمه اليه من الابتداء أو كما اذا أخذه بنفسه من غير دفع المضارب اليه وهو ناض وكما اذا دفعه اليه مضاربة والجامع ان كل واحد منهما يمنع التخلية ومن شرطه أن يكون المال مسلما الى المضارب ولان المضاربة اجارة والاجير اذا استعان بالمؤجر وفعله المؤجر لا يستحق الاجر كالخياط اذا استعان بصاحب الثوب فخاطه لا يستحق الاجر عليه فكذا هذا ولنا أن التسليم قد وجد وصار التصرف بعد ذلك حقا للمضارب فيصلح أن يكون رب المال وكيلا فيه كالاجنبى ولان المضاربة فيها معنى الشركة أرجح حتى جاز من غير توقيت و ببعض ما يخرج من العمل ولو عمل ولم يربح شيأ لم يستحق شيأ ولو كان اجارة لاستحق الاجرة بالعمل وانما يستحقه فرعا على عمله كما يستحقه رب المال فرعا

أو موزون الخ) قال الاتقانى ومن جملة الاستدانة ما اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بما يكال أو يوزن أو يعد أو اشترى بثوب موصوف الى أجل لان الشراء بغير الاثمان استدانة على المال ألا ترى أنه ليس فى يده من مال المضاربة ما يؤديه فاما اذا كان فى يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان فى يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه اشترى بجنس ليس فى يده كما لو اشترى بالعروض وانما استحسنوا فقالوا يجوز لان الدراهم والدنانير قد أجريا عند التجار مجرى الجنس الواحد ألا ترى انهما أثمان وبهما يقضى فى النفقات والاروش وقيم المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكأنه اشترى بجنس هو فى يده وأما الفلوس فالقياس فيها ما ذكرنا والاستحسان أن تكون كالدراهم على قول من جوز المضاربة بعينها لانها ثمن كسائر الاثمان وعلى قول أبى يوسف لا تجوز المضاربة بها كالعروض فلا يجوز الشراء بها اذا لم تكن فى يده كذا ذكر القدورى فى شرح مختصر الكرخى اه (قوله فكيف يصلح وكيلا الخ) فان قلت كيف يصح اضافة الابضاع الى المضارب وانما يصح ذلك اذا كانت البضاعة للمبضع ولا مال للمضارب قلت ليس بشرط أن تكون البضاعة ملكا للمبضع لان تفسير الابضاع الاستعانة بالغير فى التصرف ورب المال يصلح معينا له والاستعانة بالاجنبى جائزة فرب المال أولى لان شفقته فى ماله أكثر اه اتقانى (قوله أو كما اذا أخذه بنفسه) قال الاتقانى حتى لو أخذه رب المال بغير رضاه وعمل فيه انتقضت المضاربة اه (قوله وكما اذا دفعه الخ) أى حيث لا يجوز أن يكون مضاربة لان الاولى تفسد والمفهوم منه أنها تفسد وليس كذلك اه قارئ الهداية رحمه الله قال فى المجمع أو دفع المال اليه مضاربة حكمنا ببقاء الاولى لا بانفساخها اه

(قوله حيث تكون هذه الأشياء مبطلة الخ) قال الاتقانى بخلاف ما اذا شرط العمل على رب المال ابتداء فانه لا يصح لعدم شرط العقد وهو التخلية لان شرط العمل على رب المال يمنع التخلية اهـ وعلى هذا فيجوز أن يكون (١) (قوله فتخرج بها من أن تكون مضاربة) أما المضاربة الاولى فيما اذا دفع اليه فباقية على حالها فلا يصح الالزام المتقدم اهـ قارئ الهداية وكتب ما نصه قال الاتقانى وبخلاف ما اذا دفع المضارب الى رب المال مضاربة بالنصف حيث لا تصح المضاربة الثانية لان المضاربة عقد شركة بأن يكون المال من الدافع والعمل من المضارب والربح على الشركة ولا مال هنا للمضارب فلو جاز مع ذلك يلزم قلب الموضوع فى التصرف فلم تبطل المضاربة الاولى اهـ (قوله فى المتن وركوبه) بفتح الراء اسم لما يركب عليه (٧٠) فى المال أى بالمعروف اهـ ك قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ولا ينبغى

على المال فاذا كان الاستحقاق بهذا الطريق صلح رب المال معينا للمضارب لانه عامل فكان عمله ثابتا تقديرا وكذا يده فلا يكون بأخذه لا على وجه الفسخ مبطلا لها كالراهن اذا استعار الرهن لا يكون فسخا للرهن بخلاف ما اذا أخذه بنفسه من غير أن يدفع اليه المضارب لانه لا يمكن أن يجعل معينا هنا لعدم الاستعانة به فيقع العمل لنفسه ضرورة أنه علك ذلك والاسترداد اذا كان المال ناضا حتى لو كان عروضا وأخذه من غير دفع المضارب لا يكون استردادا لانه لا يملك عزله فى هذه الحالة وبخلاف ما اذا لم يسلمه اليه ابتداء أو أخذه بعد التسليم على وجه المضاربة أو شرط عليه العمل ابتداء حيث تكون هذه الاشياء مبطلة للمضاربة لانها تمنع التخلية أو يكون المال والعمل مستحقا من شخص واحد فتخرج بها من أن تكون مضاربة وبخلاف مسئلة الخياط لانها اجارة محضة فلا يتصور أن يقع عمل صاحب الثوب عن الاجير اذ تسليم المنفعة أو العمل شرط فى الاجارة ولا كذلك المضاربة لان فيها معنى الشركة على ما بينا قال رحمه الله (فان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه فى مال المضاربة وان عمل فى المصر فنفقته فى ماله كالدواء) أى اذا سافر المضارب للتجارة فى مال المضاربة فأكله ومشربه وملبسه وركوبه يكون فى مال المضاربة وان عمل فى مصره ففى ماله كما يكون الدواء فى ماله مطلقا لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضى والزوجة وهو اذا سافر صار محبوسا به فتجب مؤنته الراتبة فيه بخلاف الدواء لانه من العوارض وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله والمضارب لا يستحق الا الربح فيمكن أن لا يحصل فيه ربح فلو لم ينفق منه لتضرر بخلاف الوكيل والمستبضع لانهما متبرعان فيه وبخلاف ما اذا كان يعمل فى مصره لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا تجب له النفقة فيه وهذا لانه ساكن بالسكن الاصلى ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس به فلم يوجد فتكون نفقته فى ماله وهو القياس فى المضارب المسافر لانه بمنزلة الوكيل أو الاجير أو الشريك وكل واحد منهم لا يستحق النفقة فيما يعمل به فكذا هذا الا أنا تركناه لما ذكرنا من المعنى ولان العادة قد جرت أن المضارب يأكل من مال المضاربة اذا عمل فى غير مصره وفى مصره يأكل من ماله والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره والفاصل أنه اذا كان فى مكان بحيث يمكنه أن يغدو ويروح الى منزله فهو كمصره لان أهل السوق يتجرون فى السوق ثم يبيتون فى منازلهم وان لم يمكنه أن يبيت فى منزله فقوته فى مال المضاربة لانه صار محبوسا به ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه وأجرة من يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن فى موضع يحتاج اليه كالحجاز وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة لان العادة جرت بها ولان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ تعده الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له من ذلك كله بالمعروف حتى اذا زاد يضمن ولو رجع الى بلده وفى يده شئ من النفقة رده الى مال المضاربة كالحاج

أن يسرف فى النفقة وانما ينفق على المعروف عند التجار واذا جاوز ذلك ضمن الفضل اهـ اتقانى وكتب ما نصه فان قيل رضى بنصيبه من الربح فلا يستحق الزيادة عليه من غير شرط قيل له النفقة ليست بمستحقة له لكنها من مؤن المال كأجر الاجير للعمل فى المال وأجرة الحمال وقال فى شرح الطحاوى ولو خرج الى السفر بماله ومال المضاربة جميعا كانت النفقة على قدر المالين بالحصص اهـ اتقانى (قوله فتجب مؤنته الراتبة) أى الثابتة اهـ اتقانى (قوله بخلاف الوكيل والمستبضع) قال الاتقانى لا تجب النفقة للمستبضع فى مال البضاعة لانه متطوع فيها الا أن يكون أذن له فيها اهـ (قوله لانه لم يحتبس بمال المضاربة) وبخلاف المضاربة الفاسدة اذا سافر لانه أجير فلا يستحق النفقة اهـ ك وقوله فلا يستحق النفقة أى من مال المضاربة اهـ (قوله لانه ساكن بالسكن) أى لا لاجل المال اهـ (قوله والدهن فى موضع يحتاج اليه) قال الاتقانى عن اعلم أن الدهن فى مال المضارب فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد الدهن فى مال المضاربة وجه قولهما أن الدهن ليس بمعتاد ولا تدعو اليه الضرورة فصار كأجرة الطبيب وجه قول محمد أن الدهن يستعمل لمنفعة فى البدن وغيره غير نادر كالطعام والشراب كذا ذكر القدورى فى شرحه وقال أبو الحسن الكرخى وليس فى الخضاب رواية عن أبى يوسف ومحمد والظاهر أنه كالحجامة وروى عن أبى يوسف أنه سئل عن اللحم فقال كما كان يأكل اهـ (قوله ولو رجع الى بلده وفى يده شئ) أى شئ من ثياب أو طعام أو غيره رده لان جواز الانتفاع لدفع الحاجة

(١) قول المحشى فيجوز أن يكون هكذا فى الاصل والكلام منقطع كما ترى وكتب الناسخ لم يكتب المحشى غيره اهـ مصححه

فى زمان تفريغ نفسه لعمل المضاربة ولم يبق على تلك الحال فيؤمر بالرد الى مال المضاربة اه اتقانى (قوله استرده الزوج) هكذا هو فى النهاية والدراية نقلا عن المبسوط فاعلم اه (قوله فصار كالنفقة) قال الاتقانى وأما الدواء والحجامة ونحو ذلك فليس له ذلك لان النفقة للطعام والكسوة ألا ترى أن القاضى يقضى بنفقة الزوجة بالطعام والكسوة ولا يقضى بالدواء والحجامة كذلك ههنا الا أن يكون فى موضع جرت العادة فيه بذلك وذكر عن الحسن بن زياد أنه كان يقول يجوز له أن ينفق فى الحجامة وحلق الشعر ونحو ذلك قال الفقيه ومعنى هذا اذا كان فى موضع جرت العادة فيه بذلك اه (قوله فى المتن وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها متاعا وقد كان صاحب المال قال له اعمل فيه برأيك فلما اشترى المتاع حمله بمائة من عنده أو قصره بمائة من عنده قال فهو متطوع فيما صنع وليس له من المائة شئ فى رأس المال وان كان صبغ الثياب حمرا كان شريكا بما زاد الصبغ فى الثياب ولا يضمن الثياب الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير والاصل هنا ما ذكرنا فى أول كتاب المضاربة أن تصرفات المضارب ثلاثة أقسام قسم منها لا يملكه المضارب الا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة فاذا عرفت ذلك قلنا اذا حملها بمائة من عنده فقد استدان على المضاربة بعد استغراق رأس المال فلا ينفذ على رب المال فيكون متبرعا وكذا اذا قصرها بمائة من عنده ولا يصير شريكا فى المال لان القصارة ليست بعين مال (٧١) قائم فى الثوب وأما اذا صبغها المضارب ذلك على المضاربة لما قلنا لكن لا يضيع ماله ألا ترى أن الغاصب لو قصر يضيع ماله ولو صبغ لا يضيع فههنا أولى ولهذا لو صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه فكذلك ههنا يصير شريكا بقدر ماله حتى لو صبغ الثوب يأخذ المضارب من الثمن ما زاد الصبغ فيه وما بقى يكون على المضاربة ولا يكون المضارب ضامنا الثياب لان رب المال قال له اعمل فيه برأيك فثبت له ولاية الخلطة والشركة ولولا ذلك كان لرب المال أن يضمنه أما الاستدانة فلا تستفاد ولايتها الا بالتصريح ولم يوجد كذا قال قاضيخان وغيره فى شروح الجامع الصغير قال فخر الاسلام وخص الحمرة لان السواد نقصان عند أبى حنيفة وأما سائر الالوان فمثل الحمرة يعنى اذا صبغ الثياب سودا كان كالقصارة سواء عند أبى حنيفة لان السواد عنده نقصان وعندهما زيادة وهذا الاختلاف لاختلاف الزمان ولا يضمن النقصان الذى دخل فى الثياب بفعله لانه مأذون فيه بعقد المضاربة ألا ترى أنه لو كان فى يده فصبغ الثياب سودا فنقصها ذلك لم يضمن فكذا اذا صبغها بمال نفسه كذا ذكر القدورى فى شرح مختصر الكرخى وقال فى تجريد المحيط وان صبغها المضارب بعصفر أو زعفران أو صبغ آخر يزيد فى الثوب فان كان رب المال قال له فى المضاربة اعمل برأيك فالمضارب لا يضمن وان لم يقل له ذلك ضمن واذا لم يقل له رب المال اعمل فيه برأيك كان رب الثوب بالخيار فان شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه أبيض يوم صبغه وان شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم اتصل بثوبه كما فى الغاصب وهذا اذا لم يكن فى مال المضاربة فضل فأما اذا كان فى مال المضاربة فضل فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه فان لم يفعل رب المال شيأ من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه وبرئ من الضمان ولم يكن لرب المال أن يمنعه من البيع واذا جاز بيعه ينظر بعد ذلك ان باعها

عن الغير اذا بقى شئ فى يده يرده على المحجوج عنه أو الورثة وكالغازى اذا خرج من دار الحرب يرد الى الغنيمة ما معه من النفقة وكالامة اذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم أخرجها للخدمة وقد بقى شئ من النفقة فى يدها استرده الزوج وعن الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أن الدواء أيضا يكون فى مال المضاربة لانه لاصلاح بدنه وتمكنه من العمل فصار كالنفقة ووجه الظاهر أن النفقة معلوم وقوعها والحاجة الى الدواء من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما فى حق المرأة وفى النهاية الشريك اذا سافر بمال الشركة فنفقته فى ذلك المال روى ذلك عن محمد رحمه الله وذكر فى الكافى بعد ما ذكر وجوب النفقة للمضارب فى المال فقال بخلاف الشريك لانه لم يجر التعارف أن الشريك العامل ينفق على نفسه من مال الشريك الآخر قال رحمه الله (فان ربح أخذ المالك ما أنفق من رأس المال) أى اذا ربح المضارب أخذ رب المال قدر ما أنفق المضارب من رأس المال حتى يتم به رأس المال فاذا استوفى رأس ماله وفضل شئ اقتسماه لان رأس المال أصل والربح مبنى عليه فلا يسلم لهما الفرع حتى يسلم لرب المال الاصل وهذا لان الذى ذهب بالنفقة هالك والهالك يصرف الى الربح على ما بيناه قال رحمه الله (فان باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع لا على نفسه) يعنى اذا باع المضارب المتاع الذى أنفق عليه ضم جميع ما أنفق على المتاع من أجرة الحمل والطراز وأجرة السمسار والصباغ والقصار ونحو ذلك مما ذكرنا فى باب المرابحة الى رأس المال بأن يقول قام على بكذا لان هذه الاشياء تزيد فى القيمة وتعارف التجار الحاقها برأس المال فى بيع المرابحة فجاز ذلك ولا يضم ما أنفقه على نفسه فى سفره وتقلباته فى المال الى رأس المال لانهم لم يتعارفوا ضمه الى رأس المال ولا يزيد هو أيضا فى قيمة المتاع بخلاف الانفاق على المتاع لانها بالزيادة على الثمن صارت فى معنى الثمن قال رحمه الله (ولو قصر أو حمل بماله وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع)

مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى قيمتها مصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ
حتى اذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة ألفا وقيمتها مصبوغة ألف ومائتان وبيعت بألف ومائتين فالالف للمضاربة والمائتان للمضارب بدل
صبغه وان باعها مرابحة فان هذا الثمن ينقسم على الثمن الذى اشترى المضارب به الثياب وعلى قيمة الصبغ الذى صبغ المضارب الثياب به
وفى المنتقى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاكترى سفينة بمائة درهم والمال عنده على حاله ثم اشترى بالالف كله

يعنى اذا قال رب المال للمضارب اعمل برأيك فاشترى بمال المضاربة كله متاعا ثم نقله أو قصر ثيابه
بمال من عنده يكون متطوعا لان رأس المال لم يبق منه شئ فيكون تنفيذه على رب المال بعد ذلك
استدانة من غير اذنه وهو لا يجوز على ما بينا وكذا لو زاد على الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال يكون
متطوعا فى الزيادة وفى الكافى لو اشترى بكل رأس المال وهو ألف ثيابا واستقرض مائة للحمل رابح
بألف ومائة عند أبى حنيفة رحمه الله لانها قامت عليه بذلك وان باعها بألفين كانت عشرة من ذلك حصة
المضاربة أى عشرة أسهم على شرطهما وسهم للمضارب خاصة لانه استقرضه لنفسه والكراء فى ماله
خاصة وعندهما يبيع الثياب مرابحة على الالف لا غير والثمن كله على المضاربة وهو متطوع فى الكراء
لانه فعل بغير اذنه فصار كاستكراء الاجنبى وقال فى المحيط فى تعليل قول أبى حنيفة ان للمضارب فى الثياب
حقا يضاهى الملك ألا ترى أنه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان بمنزلة المالك فقام الثياب
عليه بألف ومائة فيبيعها مرابحة على الكل فاذا باعها مرابحة يقسم ثمنها على مالهما فما أصاب مال
المضاربة وهو عشرة أسهم بقيت المضاربة فيها على حالها وما أصاب المائة المستقرضة كان له خاصة قال
رحمه الله (وان صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لان الصبغ عين مال قائم وقد
اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة بخلاف القصارة والحملان لانه ليس بعين مال
قائم فلا يكون خلطا بمال المضاربة ألا ترى أنه يضيع على الغاصب دون الصبغ ثم اذا بيع المتاع قسم الثمن
على قيمة الثوب أبيض وعلى ما زاد من الصبغ فما أصاب قيمة الثوب كان على المضاربة وما أصاب الزيادة
كان له لان الثمن مال مشترك فيقسم على قدر الانصباء وانما لا يضمن المضارب بهذا الخلط لانه مأذون
فيه لان قوله اعمل برأيك ينتظمه فلا يكون به متعديا بل يكون شريكا كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان
فألقته فى صبغ غيره أو اختلط المال المودع بمال المودع بغير صنعه بخلاف ما اذا لم يقل له اعمل برأيك
فانه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب قال رحمه الله (معه ألف بالنصف فاشترى به بزا وباعه بألفين
واشترى بهما عبدا فضاعا غرما ألفا والمالك ألفا) أى غرم المضارب ورب المال ألفا ثم غرم رب المال
وحده ألفا آخر فيغرم المضارب خمسمائة والمالك ألفا وخمسمائة (وربع العبد للمضارب وباقيه
على المضاربة ورأس المال ألفان وخمسمائة ويرابح على ألفين) لان المال لما صار ألفين ظهر الربح فى
المال وهو ألف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد
مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة أرباعه لرب المال ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما
ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على رب
المال وهو ألف وخمسمائة فنصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة
أمانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة
يعنى ثلاثة أرباع العبد ورأس المال هو جميع ما دفع رب المال الى المضارب وهو ألفان وخمسمائة لانه
دفع اليه أولا ألفا ثم ألفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مرابحة الا على ألفين لانه اشتراه بألفين وهو معنى

طعاما وحمله فى السفينة
فهو متطوع فى الكراء ولو كان
اشترى بتسعمائة منها طعاما
وبقيت فى يده مائة فأداها
فى الكراء لم يكن متطوعا وباعه
مرابحة على الكراء اهـ
اتقانى وكتب ما نصه قال فى
البدائع ثم كما لا يجوز للمضارب
الاستدانة على مال المضاربة
لا يجوز له الاستدانة على
اصلاح مال المضاربة حتى
لو اشترى المضارب بجميع
مال المضاربة ثيابا ثم استأجر
على حملها أو قصارتها أو فتلها
كان متطوعا فى ذلك كله لانه
اذا لم يبق فى يده شئ من رأس
المال صار بالاستئجار مستدينا
على المضاربة فلم يجز عليها
فصار عاقدا لنفسه متطوعا
(قوله والحملان) الحملان
أجر ما يحمل عليه من الدواب
كذا فى الديوان اهـ اتقانى
قال فى مجمع البحرين والحملان
بالضم والحمل مصدر حمل
والحملان أيضا أجر ما يحمل
اهـ (قوله فى المتن فضاعا)
أى الالفان قبل النقد اهـ
(قوله فى المتن غرما ألفا
والمالك ألفا) قال الاتقانى
رحمه الله قالوا هذا جواب
الحاصل يعنى ان حاصل الضمان يجب هكذا ولكن الالفين فى الابتداء يجبان جميعا على المضارب ثم يرجع المضارب قوله
على رب المال بألف وخمسمائة لان المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع اليه اهـ (قوله وربع العبد الخ) من قوله وربع
العبد الى قوله على ألفين من المتن اهـ (قوله فربعه للمضارب) أى لان ربع الثمن له اهـ (قوله وهو ألف وخمسمائة) فلما ملك المضارب
ربعها بسبب ضمان ربع الثمن خرج ربعها عن المضاربة اهـ اتقانى (قوله لعدم ما ينافيها) أى اذ ضمان رب المال الثمن لا ينافى
المضاربة اهـ (قوله لانه اشتراه بألفين) أى وبيع المرابحة بيع بالثمن الاول اهـ

قوله ويرابح على ألفين ولو باع العبد بعد ذلك بأربعة آلاف كان للمضارب ربعه وهو ألف والباقي للمضاربة وهو ثلاثة آلاف فألفان وخمسمائة منها رأس المال وخمسمائة ربح بينهما نصفان قال رحمه الله (وان اشترى من المالك بألف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه) أي لو اشترى المضارب من رب المال بألف درهم عبدا كان اشتراه رب المال بنصف الالف يبيعه المضارب مرابحة على نصف الالف وهو خمسمائة ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة وعلى الاحتراز عن شبهة الخيانة فتبنى على ما اشتراه به رب المال فيكون المضارب كأنه وكيل له في بيعه ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة بخمسمائة لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم لما ذكرنا فتبنى المرابحة على ما اشتراه به المضارب كأنه اشتراه له وناوله اياه من غير بيع قال رحمه الله (معه ألف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته ألفان فقتل رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدة قيمتها أكثر من رأس المال يظهر فيه الربح وهو ألف هنا بينهما

(قوله ربح بينهما نصفان) أي لان ذلك القدر هو الربح اهـ (قوله في المتن وان اشترى من المالك بألف عبدا الخ) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة ثم اشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه اياه بألف على كم يبيعه مرابحة قال على خمسمائة قال فان اشترى الذي أخذ المال مضاربة عبدا بالف فباعه من رب المال بألف ومائتين قال يبيعه رب المال بألف ومائة اذا كانت المضاربة بالنصف قال الاتقاني الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وأصل هذا ما قالوا في شروح الجامع الصغير أن بيع المرابحة ينبني على الامانة ويمتنع بشبهة الخيانة كما يمتنع بحقيقتها ألا ترى أن بدل الصلح لا يباع مرابحة الا ببيان لشبهة الحط وكذا المشترى نسيئة لا يباع مرابحة بدون البيان لشبهة الزيادة بمقابلة الاجل فاذا اشترى رب المال بخمسمائة وباعه من المضارب بالف فالمضارب اشترى لرب المال لانه وكيله وبيع الانسان من نفسه باطل لكن لما كان حق المضاربة بمنزلة حق ثالث صح البيع وبقيت شبهة بطلان البيع فيبيعه مرابحة على الثمن المتيقن وهو خمسمائة فاما اذا اشترى المضارب بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مرابحة بألف ومائة لان العقدين وقعا لرب المال ولم يقع لرب المال منه الا قدر مائة فيجب اعتبار المائة وفيما وقع لرب المال لا يعتبر الربح لشبهة بطلان العقد الثاني وهذا اذا كان الشرط على النصف قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب المرابحة بين المضارب وبين رب المال واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة على أن ما كان من ربح فهو بينهما نصفين فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة درهم فباعه من المضارب بالف المضاربة فان باعه المضارب مساومة باعه كيف شاء لان بيع المساومة لا يتقيد بثمن بل الثمن ما اتفقا عليه وقد اتفقا على القدر الذي ذكراه في العقد وان باعه مرابحة (٧٣) باعه على خمسمائة درهم لان عقد المضاربة عقد أمانة فيجب تنزيهه عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والعقد الاول وقع لرب المال والثاني كذلك لانه بشراء المضارب لا تخرج عن ملك رب المال الا أنه صح العقد لزيادة فائدة وهي ثبوت اليد والتصرف للمضارب فبقي شبهة عدم وقوع العقد الثاني فيبيعه مرابحة على الثمن الاول وذلك خمسمائة درهم ولو كان رب المال اشتراه بألف فباعه من

المضارب بخمسمائة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة لان العقدين وقعا لرب المال فيبيعه على أقل الثمنين احترازا عن شبهة الخيانة لما بينا ثم قال في شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها عبدا فباعه من رب المال بألفي درهم باعه رب المال مرابحة على ألف وخمسمائة لانا نعتبر الثمن الاول وذلك ألف في حق رب المال وحصة المضارب من الربح وذلك خمسمائة درهم فيبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة درهم بيانه أن الالف خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد فيعتبر في بيع المرابحة ونصف الالف التي هي الربح ملك رب المال قبل البيع وبعده فلا يعتبر أما النصف الذي هو حصة المضارب من الربح وهو خمسمائة خرج عن ملك رب المال الى ملك المضارب حقيقة بازاء هذا العبد فيعتبر كذا قال الاتقاني ولا يخفى عليك المخالفة بين قول الشارح ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة الخ وبين ما نقله الاتقاني عن الجامع الصغير وعن شرح الكافي اذ مقتضاهما أن بيع العبد في مسئلة الشارح هذه بستمائة وخمسين لا بخمسمائة كما قال الشارح فتنبه اهـ وفي الهداية ولو اشترى المضارب بألف عبدا وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع اهـ وهو موافق لما مر في الجامع الصغير وشرح الكافي وقال في الكنز في باب المرابحة ولو اشترى مأذون مديون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس ولو كان مضاربا يبيع مرابحة لرب المال باثني عشر ونصف اهـ وهو كما ترى موافق لما في الجامع الصغير وشرح الكافي والهداية مخالف لما ذكره الشارح رحمه الله اهـ

(قوله بخلاف ما مضى الخ) يعني ان دفع الفداء هنا كابتداء الشراء فيخرج العبد عن المضاربة لان الواجب ثمة دفع الثمن فلا يكون كابتداء الشراء وتبقى المضاربة فيها لعدم المنافاة بخلاف الربع فانه للمضارب خاصة وتبطل المضاربة فيه للمنافاة وقد مر البيان ثمة اهـ اتقاني (قوله في المتن معه ألف فاشترى به عبدا الخ) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى آخر ألف درهم مضاربة فاشترى بها عبدا فهلك بعد الشراء قال على رب المال أن يدفع اليه ألفا أخرى أبدا فاذا دفعها المضارب الى البائع. ثم باع العبد بربح كثير فرأس المال جميع ما دفع اليه رب المال ثم يقتسمان الربح من بعد قال فخر الاسلام

نصفان وألف رب المال برأس ماله لان قيمته ألفان فصار الفداء بينهما على هذا الوجه أرباعا فثلاثة أرباعه على رب المال والربع على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره فاذا فدياه خرج العبد كله عن المضاربة أما نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه على ما بينا وأما نصيب رب المال فبقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لان قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما لان الخطاب بالفداء يوجب سلامة المفدى ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مضى لان كل الثمن ثم على المضارب لانه العاقد وان كان له الرجوع على رب المال فاضمن فلا حاجة الى القسمة ولان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفداء صار كأنهما اشترياه فاذا خرج عن المضاربة يخدمهما على قدر ملكهما بحكم الاشتراك بينهما وهذا معنى قوله يخدم المالك ثلاثة أيام أي رب المال والمضارب يوما قال رحمه الله (معه ألف فاشترى به عبدا وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك ألفا آخر ثم وثم ورأس المال جميع ما دفع) يعني اذا كان مع المضارب ألف درهم فاشترى به عبدا وضاع الثمن قبل النقد رجع على رب المال فاذا دفع اليه ثانيا ثم هلك قبل النقد أيضا رجع عليه أيضا فهكذا يرجع عليه كلما هلك الى ما لا يتناهى ويكون رأس المال جميع ما دفع اليه رب المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة والفرق ان المال في يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأن الاستيفاء لا يكون الا بقبض مضمون والمضاربة تنافيه على ما بينا فكل ما قبض يكون أمانة واذا هلك كان الهالك على رب المال وقبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا قبضه صار مستوفيا لذلك فصار مضمونا عليه فاذا هلك ليس له أن يرجع به على الموكل لان المستوفى لم يبق له حق بعد الاستيفاء ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفيا لحقه فيكون مضمونا عليه لان الوكالة لا تنافي الضمان ألا ترى أن الغاصب اذا وكل ببيع المغصوب جاز وهو مضمون عليه فلا حاجة الى جعل ما قبضه بعد الشراء أمانة حتى لو لم يقع استيفاء بان دفع اليه الثمن قبل الشراء ثم اشترى به ثم هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الاول أمانة لانه لا يمكن جعله مستوفيا بقبضه قبل الشراء لانه لم يجب له عليه شئ حتى يصير مستوفيا بالقبض فيكون أمانة فاذا هلك رجع عليه فيكون مضمونا عليه ثم اذا هلك لا يرجع لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه الثمن الا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلا والمعنى ما بيناه ولان ما قبضه الوكيل لو لم يحمل على الاستيفاء لزم منه تضييع المال على الموكل لان المأخوذ منه ثانيا يضيع وفي المضاربة لا يضيع لانه ملحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو لم يرجع عليه لتضرر المضارب فيرجع عليه دفعا للضرر عنه ولان الوكيل انتهت وكالته بالشراء مرة وانعزل فلا يرجع بعد الانعزال بخلاف المضارب فانه لم ينعزل بالتصرف بل لا ينعزل بالعزل في بعض الصور فيرجع عليه ما دام متصرفا له قال رحمه الله (معه ألفان فقال دفعت الي ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت ألفين

وقوله أبدا من الخواص وحاصل المسئلة ما قالوا في شروح الجامع الصغير أن المضارب اذا هلك المال يرجع مرة فان هلك يرجع أخرى فان هلك فكذلك ثم هلك كذلك أيضا حتى يسلم الى البائع والوكيل بالشراء اذا هلك الثمن قبل التسليم الى البائع فان كان الثمن منقودا اليه ثم اشترى فهلك الثمن المنقود رجع به على الموكل فان هلك بعد ذلك لا يرجع بذلك أبدا وان كان الثمن غير منقود اليه فاشترى ثم قبض الثمن من الموكل فهلك الثمن قبل التسليم الى البائع يغرم من ماله ولم يرجع أصلا على الموكل والفرق بين فصلي الوكالة أن قبض الوكيل قبل الشراء بحق الامانة دون الاستيفاء فاذا هلك بعد الشراء وهو دائم على الامانة فرجع به على الموكل صار مستوفيا فلا يرجع بعد ذلك أصلا والفرق بين الوكالة والمضاربة أن الضمان لا ينافي الوكالة ولهذا لو وكل المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك فالقول المغصوب يجب الضمان عليه ولا يعتبر أمينا وعقد الوكيل يوجب دينا للبائع على الوكيل والوكيل على الموكل فاذا قبض من الموكل بعد الشراء حمل قبضه على جهة الاستيفاء لا على جهة الامانة فاذا استوفى حقه مرة لم يبق الحق أصلا بخلاف المضارب فان الضمان ينافي المضاربة فلا يكون ضامنا بحال فيحمل قبضه على جهة الامانة لا على جهة الاستيفاء فلو حمل على الاستيفاء كان المضارب ضامنا وهو باطل ولهذا رجع المضارب مرة بعد أخرى ما لم يسلم الى البائع اهـ اتقاني (قوله في المتن ورأس المال جميع ما دفع) يعني لا يكون للمضارب شئ من الربح حتى يصل رب المال الى جميع ما أوصله للمضارب على أنه ثمن أما اذا أراد المضارب أن يبيعه مرابحة لا يرابح الا على ألف كما تقدم اهـ

(قوله ثم رجع فقال القول للمضارب) قال الاتقاني وجه قوله الآخر وهو قولهما أن الاختلاف وقع في مقدار ما قبض المضارب والمضارب أنكر زيادة القبض لانه يقول ما قبضت منك الا ألف درهم ورب المال يقول قبضت مني ألفي درهم فالقول قول المضارب لانه أنكر زيادة القبض فاذا لم يظهر الا قبض الالف فالالف الزائدة تكون ربحا ألا ترى ان المضارب لو جاء بألفي درهم وقال ألف درهم مضاربة وألف درهم وديعة لفلان عندي أو قال ألف درهم مضاربة وألف درهم من خالص مالي ورب المال يقول لا ولكن ألف درهم رأس المال وألف درهم ربح فالقول قول المضارب بالاتفاق فكذلك ههنا كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اهـ (قوله فالقول قول القابض) أي لانه أعرف بمقدار المقبوض اهـ اتقاني (قوله في مقدار المقبوض) قيد به اذ لو كان الاختلاف في الصفة كان القول لرب المال على ما يجيء اهـ (قوله أمينا كان) أي كالمودع اهـ (قوله أو ضمينا) أي كالغاصب اهـ اتقاني (قوله لانه القابض) أي وهو ينكر زيادة القبض اهـ (قوله والقول لرب المال في مقدار الربح) أي لانه (٧٥) يستفاد من جهته اهـ اتقاني (قوله ولو قال

فالقول للمضارب) ومعنى المسئلة أن يكون مع المضارب ألفان فقال لرب المال دفعت الي ألفا وربحت ألفا وقال رب المال بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا القول لرب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع فقال القول للمضارب وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان حاصل اختلافهما في المقبوض فالقول قول القابض في مقدار المقبوض أمينا كان أو ضمينا ألا ترى أنه لو أنكر القبض بالكلية كان القول له واذا اختلفا في رأس المال والربح بأن قال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح كان القول للمضارب في قدر رأس المال لانه القابض والقول لرب المال في مقدار الربح لانه المنكر للزيادة وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية بأن قال كان المال في يده بضاعة كان القول له فكذا في انكاره الزيادة وأيهما أقام البينة تقبل بينته لانها بينة كاسمها وان أقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال أولى في مقدار رأس المال وبينة المضارب أولى في مقدار الربح لانها أكثر اثباتا قال رحمه الله (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله أو الشركة في ماله أو شرطا من جهته ورب المال منكر فكان القول قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو كان بالعكس بأن ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب لانهما اتفقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ثم رب المال يدعي عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله وأيهما أقام البينة قبلت بينته ولو أقاما البينة كانت بينة رب المال أولى لانها أكثر اثباتا ولو ادعى المضارب العموم في كل تجارة وادعى رب المال الخصوص أو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها كان القول للمضارب لان الاصل فيها العموم فكان القول لمن يتمسك بالاصل وقال زفر رحمه الله القول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته فكان أعرف به كالوكالة وكما اذا اختلفا قبل العمل قلنا الاصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم وقبل العمل يكون انكار رب المال

المضارب أقرضتني) أي المال والربح لي اهـ اتقاني (قوله والبينة بينة المضارب) أي لانها تثبت التمليك اهـ اتقاني ولانه لا تنافي بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه مضاربة أو بضاعة أو وديعة ثم أقرضه اهـ اتقاني (قوله كانت بينة رب المال أولى) وذلك لانه يثبت الضمان اهـ اتقاني (قوله لان الاصل فيها العموم) أي ولهذا لو قال خذ هذا الالف مضاربة بالنصف له أن يعمل في أنواع التجارات ولو لم يكن مقتضى العقد العموم لما صح الا بالتخصيص اهـ اتقاني (قوله وكما اذا اختلفا قبل العمل) كان القول قول رب المال مع يمينه اهـ اتقاني ﴿فروع﴾ ونفقة عبد المضاربة وجعله اذا أبق على رب المال ظهر ربح أولا بلا خلاف لان ملك العامل في الربح قبل القسمة متردد وملك رب المال متقرر ويضم (١) رأس المال عند القسمة ولو دفع اليه ألفين وقال أضف من عندك ألفا أخرى يكون ألفان منها شركة والالف مضاربة بالنصف جاز وقال بعض أصحاب مالك لا يجوز أن يضم الى مال القراض شركة ويجوز أن يكون الرجل عاملا في المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر وقال أحمد لا يجوز اذا كان فيه ضرر على الاول ولو دفع ألفا على أن له نصف ربحها يجوز بلا خلاف ولو قال على أن لي ربح نصفها يجوز عندنا وأبي ثور خلافا للائمة الثلاثة ولو اشترى العامل بالالف أمة أو غنما أو بقرا أو موزونا يساوي ألفين زكى حظه لظهور الربح وبه قال الشافعي في قول وأحمد وقال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية لا يزكي لعدم ملكه الربح قبل القسمة ولو اشترى أمتين أو غنما وبقرا أو شعيرا لا يزكي لاختلاف الجنس فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح لانها ليست بتجارة ولا خلاف فيه وبعده ينفذ في حصته عندنا ولرب المال فسخها دفعا للضرر عن نفسه وعند الائمة الثلاثة لا يجوز كما قبل ظهور الربح اهـ كاكي

(١) قوله ويضم رأس المال هكذا في الاصل ولعله ويضم الى رأس المال فسقطت الى من الناسخ اهـ مصححه

(قوله يقضى بما قال رب المال) أى لانه تعذر العمل بهما لانهما لا يقعان معا ولا على الترتيب لان الشهود لم يشهدوا به واذا تعذر العمل بهما يعمل ببينة رب المال لانه يثبت ما ليس بثابت كذا فى الاصل اه

﴿ كتاب الوديعة ﴾

مناسبة هذا الكتاب بما تقدم صريحا فى أول الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقى من الأدنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة بلا تمليك شئ وفى العارية أمانة مع تمليك المنفعة لكن بلا عوض وفى الهبة تمليك عين بلا عوض وهى الهبة المحضة التى ليس فيها معنى البيع وفى الاجارة تمليك منفعة بعوض وفيه معنى اللزوم وما كان لازما أقوى وأعلى مما كان ليس بلازم فكان فى الكل الترقى من الادنى الى الاعلى * فأول القطر غيث ثم ينسكب * (٧٦) ثم اعلم أن عقد الوديعة مشروع مندوب اليه والدليل على ذلك قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وهو تعاون على البر لان فيه اعانة لصاحبها بحفظ ماله وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من ائتمن أمانة فليؤدها ولا خلاف بين الامة فى ذلك اه اتقانى وكتب على قوله الوديعة ما نصه فعيلة بمعنى مفعولة اه مصباح (قوله والمودع الشئ المتروك) قال فى المغرب يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بالكسر وزيد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع أيضا أى وديعة اه ﴿ فرع ﴾ فى صورة وضع المال عند آخر وذهابه وتركه أو القاء الريح فى بيته كان قابلا للوديعة عرفا بالسكوت وكذا لو قال لصاحب الحمام اين أضع ثيابى فقال الحمامى ثمة فوضعه فسرقت يضمن الحمامى لتقصيره فى الحفظ لانه يصير بقوله قابلا للوديعة اليه أشير فى المبسوط والمغنى وفتاوى قاضيخان اه (قوله لا ضمان عند الاستحفاظ) حتى لو أودع الآبق أو المال الساقط فى البحر أو الطير الذى يطير فى الهواء لا يصح وكون المودع مكلفا شرط أيضا ليجب عليه الحفظ اه كاكى (قوله أو ما يقوم مقامه) احفظ هذا الشئ أو خذ هذا الشئ وديعة عندك اه (قوله وحكمها وجوب الحفظ على المستودع) حتى لو رأى انسانا يسرقها وهو قادر على منعه فلم يمنعه يضمن لتركه الحفظ الملتزم بالعقد وهذا معنى قول مشايخنا ان المودع يؤاخذ بضمان العقد اه بدائع وكتب ما نصه والايجاب وحده كاف فى حق الامانة حتى لو قال المالك الغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان من غير قبول لان كون المال أمانة حكم مختص برب المال فيثبت به وحده وأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من قبوله صريحا أو دلالة اه شرح مجمع (قوله فى المتن وهى أمانة) قال الاتقانى وهذا من قبيل حمل العام على الخاص وهو جائز كما فى قولك الانسان

نهياله عن العموم وهو يملك ذلك فصح نهيه ولو ادعى كل واحد منهما نوعا كان القول لرب المال لانهما اتفقا على الخصوص فكان قول من يستفاد من جهته الاذن أولى والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان بأن قال رب المال دفعت اليك مضاربة أن تعمل فى بز فى رمضان وقال المضارب دفعت الى لاعمل فى طعام فى شوال أو بالعكس وأقاما البينة كانت بينة من يقول فى شوال أولى لان آخر الشرطين ينسخ أولهما وان لم يوقتا وقتا أو وقتا وقتا واحدا أو وقت احداهما دون الاخرى يقضى بما قال رب المال كأنهما لم يوقتا وقد بينا المعنى والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الوديعة ﴾

قال رحمه الله (الايداع هو تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الامين) هذا فى الشرع وفى اللغة الوديعة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه الصلاة والسلام لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم أو ليكتبن من الغافلين أى تركهم اياها قال الله تعالى ما ودعك ربك وما قلى قرئت بالتخفيف والتشديد والمودع الشئ المتروك وقال عليه الصلاة والسلام الايمان نور الله تعالى أودعه فى قلوب المؤمنين فعلى العبد أن يسأل التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ جميع الامانات فانه فرض قال النبى صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤديه رواه أبو داود والترمذى وقال عليه الصلاة والسلام أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن وقال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وروى أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق فى زى الفقراء فمر بها يوسف عليه السلام فقامت تنادى أيها الملك اسمع كلامى فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك فسأل عنها يوسف عليه السلام فقيل انها زليخا فتزوجها رحمة عليها ثم شرط الوديعة اثبات اليد عليها عند الاستحفاظ وركنها قول المودع أودعتك هذا المال أو ما يقوم مقامه من الاقوال والافعال والقبول من المودع بالقول والفعل أو بالفعل فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع ووجوب الاداء عند الطلب وصيرورة المال أمانة فى يده قال رحمه الله (وهى أمانة فلا تضمن بالهلاك) لقوله عليه الصلاة والسلام

لاضمان على مؤتمن رواه الدارقطني ولان المودع متبرع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل ولان يده
يد المالك فيكون هلاكها كهلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان ولان للناس حاجة الى الايداع فلو ضمن المودع
لامتنع الناس عن قبول الودائع فكانوا يحرجون بذلك وهلاكها لا يختلف بين أن يكون بشئ يمكن
التحرز عنه أولا وبين أن هلك للامين مال غيرها معها أولم يهلك وقال مالك رحمه الله ان ادعى أنها سرقت
وحدها يضمن لمكان التهمة قال رحمه الله (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) لان المطلوب منه أن
يحفظها مثل ما يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بمن في عياله من زوجته وولده ووالديه أو غيرهم
والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه ألا ترى أن المرأة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن ولو دفع
الى أجيره الذي استأجره مشاهرة ونفقته عليه لا يضمن وعن محمد رحمه الله أن المودع اذا دفع الوديعة الى
وكيله وليس في عياله أو دفع الى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن لانه حفظه مثل
ما يحفظ ماله وجعله مثله ولا يجب عليه أكثر من ذلك ذكره في النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى
التمرتاشي وهو الى الحلواني ثم قال وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال فقال ويلزم المودع
حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ به ماله وذكر فيه أشياء حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك
العنان والمفاوضة وعبده المأذون له الذي في يده ماله ثم قال وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط في حفظ
الوديعة قال رحمه الله (وان حفظها بغيرهم ضمن) أي بغير من في عياله لان صاحبها لم يرض بيد غيره
والايدي تختلف في الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب والوضع في حرز غيره من غير
استئجاره ايداع حتى يضمن به لان الوضع في الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم اليه قال
رحمه الله (الا أن يخاف الحرق أو الغرق فيسلمها الى جاره أو فلك آخر) لان التسليم الى جاره أو الالقاء الى
سفينة أخرى عند احاطة النار بداره وعند تخبط السفينة تعين حفظا فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك
الا ببينة لان تسليم الوديعة الى غيره موجب للضمان ودعوى ضرورة دعوى مسقط له فلا يقبل الا ببينة
كما اذا أتلفها بالصرف في حاجته باذن صاحبها قالوا هذا اذا لم يمكنه أن يدفعها الى من هو في عياله وان
أمكنه أن يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو ألقاها في
سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج يضمن لان الاتلاف
حصل بفعله قال رحمه الله (وان طلبها ربها فحبسها قادرا على تسليمها أو خلطها بماله حتى لا تتميز ضمنها)
لانه متعد بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها اذ لا يرضى صاحبها بامساكها بعده فيكون معزولا
فصار يده عليها كيد الغاصب فيضمن وكذا بالخلط صار مستهلكا متعديا اذ لا يمكنه الوصول الى عين

حيوان ولا يجوز عكسه لان الوديعة عبارة عن كون الشئ أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد كما اذا
هبت الريح وألقت ثوب انسان في حجر غيره يكون ذلك أمانة عنده ولكن بلا قصد فعلى هذا قوله الوديعة أمانة أي هي غير مضمونة اذا هلكت
من غير تعد ثم قال الاتقاني وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي في خزانة الفقه لا ضمان على المودع الا في ثلاثة أشياء التقصير في الحفظ وخلطها
بماله ومنعها من مالكها بعد الطلب ثم قال فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة اليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والاجير
ثم قال فيها شيئان لا يوجبان الضمان مع الخلاف اذا قال لا تدفع الى زوجتك فدفع اليها وتلف أو قال احفظها في هذا البيت فحفظها في
بيت آخر من تلك الدار اهـ (قوله في المتن وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) (٧٧) في الذخيرة الدفع الى العيال انما يجوز اذا كان
من في عياله أمينا والا فلا
يجوز اهـ ﴿فرع﴾
لو ادعى المودع رد الوديعة
يقبل قوله مع اليمين ذكره
الشارح في أول الدعوى
فليراجع اهـ (قوله في المتن
وان حفظها بغيرهم ضمن)
صورته أن يخرج من بيته
ويترك الوديعة فيه وفي بيته
غيره والايداع أن ينقل الوديعة
من بيته ويدفعها الى أجنبي
فان قيل ينبغي أن لا يضمن
بالايداع لما ذكر قبله أن
الظاهر أنه التزم حفظ مال
غيره على الوجه الذي يحفظ
مال نفسه ومال نفسه يحفظ
بالايداع قلنا قوله ان المالك
رضي بيده تحفظه لا بيد
غيره جواب عنه والمراد بقوله
على الوجه الذي يحفظ مال
نفسه أي بنفسه غالبا فان
الغالب أن يحفظ مال نفسه
بنفسه اهـ كاكي (قوله
في المتن الا أن يخاف) استثناء
من قوله ضمن اهـ اتقاني
وكتب ما نصه ولو أراد سفرا
فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر اهـ بدائع (قوله في المتن أو الغرق) أو اللصوص اهـ اتقاني (قوله ولا يصدق على ذلك
الا ببينة) يعني لو أودع غيره وادعى أنه فعله عن عذر لا يصدق الخ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال أبو يوسف
ولا نصدقه على العذر حتى يقيم البينة ثم قال وكذلك قياس قول أبي حنيفة وذلك أن الايداع سبب الضمان فاذا ادعى سقوط الضمان
للضرورة لم يقبل قوله كما لو ادعى أن المالك أذن له في الايداع وقال في الخلاصة (١) فان دفع لضرورة بان احترق بيت المودع فدفعها الى جاره
وكذا فيما يشبه هذا اهـ اتقاني وكتب أيضا ما نصه وفي المنتقى هذا اذا لم يعلم أن بيته احترق فاذا علم قبل قوله بلا بينة ذكره في الذخيرة اهـ
(قوله فيضمن) وقد قالوا ان الواجب عليه التمكين من أخذها دون حملها الى صاحبها قال في شرح الطحاوي وكذلك لو جحد الوديعة ثم
أقر بها صارت مضمونة عليه ولا يبرأ من ضمانها الا بالتسليم الى صاحبها بخلاف المودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك الخلاف وعاد الى الوفاق

(١) قوله فان دفع لضرورة الخ هكذا في أصل الحاشية وانظر أين جواب الشرط وحرر اهـ مصححه

حقه بسبب فعله فيجب عليه الضمان و يملك المخلوط ولا سبيل للمودع فى المخلوط عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء لانه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلا كامن وجه فيميل الى أيهما شاء وهذا لان القسمة فيما لا تتفاوت آحاده افراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضا فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى فيتخير وله أنه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد أكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا ولا معتبر بالقسمة لانها توجبها الشركة ليصل كل واحد الى حقه فلا تصلح أن تكون موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة ثم قالوا لا يباح للخالط التناول قبل أداء الضمان ولو أبرأ المودع الخالط لا سبيل للمودع على المخلوط عند أبى حنيفة رحمه الله لان حقه فى الدين لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط الخيار وتتعين الشركة فى المخلوط وفيه تظهر ثمرة الخلاف ولو خلط المائع بخلاف جنسه كالزيت بالشيرج يوجب انقطاع حق المالك بالضمان لانه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس وتعين المبادلة ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير فى الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز وقيل لا ينقطع بالاجماع لامكان التمييز فى الجملة وقيل القياس أن يكون المخلوط ملكا للخالط عند أبى حنيفة رحمه الله وفى الاستحسان لا يصير ولو خلط المائع بجنسه ينقطع حق المالك عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه لما بينا وعند أبى يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد مر فى الرضاع ولو خلطت الفضة بالفضة بعد الاذابة صار من المائعات لانه مائع حقيقة عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور قال رحمه الله (وان اختلطت بغير فعله اشتركا) لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدى ولم يوجد اذ لم يوجد منه فعل فيشتركان ضرورة وهذه شركة أملاك وقد بينا حكمها فى الشركة قال رحمه الله (ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقى ضمن الكل) لان البعض صار ضامنا له بالانفاق لانه متعد فيه وصار للبعض الآخر ضامنا أيضا لكونه خلط ماله بها لان الضمان لا يصح الا بالتسليم الى صاحبه وقبله باق على ملكه فاذا خلطه بالوديعة صار مستهلكا للوديعة فيضمن على ما بينا قال رحمه الله (وان تعدى فيها ثم زال

ارتفع الضمان عندنا وعند الشافعى لا يرتفع كالجحود اه اتقانى ﴿فرع﴾ قال قاضيخان قوم دفعوا الى رجل دراهم ليدفع الخراج عنهم فأخذها وشدها فى منديله ووضع فى كمه فدخل المسجد فذهبت منه الدراهم وهو لا يدرى كيف ذهبت وأصحاب المال لا يصدقونه قالوا لا يكون ضامنا وهو كما لو قال ذهبت الوديعة ولا أدرى كيف ذهبت وعة القول قوله مع اليمين ولا ضمان عليه اه (قوله يوجب انقطاع حق المالك بالضمان) وهذا بالاجماع اه هداية (قوله فى المتن وان اختلطت بغير فعله الخ) قال الحاكم الشهيد فى مختصر الكرخى فان انشق الكيس فى صندوقه فاختلطت بدراهمه فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان وان هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعنى اذا كان لاحدهما ألف وللآخر ألفان يقسم الباقى بينهما أثلاثا لانه اختلط ماله بالآخر خلطا لا يمكن التمييز بينهما فثبتت الشركة بينهما حيث لم يجب الضمان لعدم التعدى لوجود ملك كل واحد منهما فى بعضه قال الولوالجى فى فتاواه هذا اذا كانت الدراهم (٧٨) صحاحا أو مكسرة فان كانت دراهم أحدهما صحاحا ودراهم الآخر مكسرة فلا تثبت الشركة بينهما بل يميز مال كل واحد منهما فيدفع الى المودع ماله ويمسك المودع مال نفسه لانه يمكن التمييز بينهما وان كان مال أحدهما دراهم صحاحا جيادا وفيها بعض الردىء ودراهم الآخر صحاحا رديئة وفيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالين لان هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ثم كيف يقتسمان ان تصادقا أن ثلثى مال أحدهما جياد وردىء (قوله فيشتركان) وهذا بالاتفاق اه هداية (قوله وصار للبعض الآخر ضامنا أيضا) قال الولوالجى فى فتاواه وان كانت الوديعة دراهم أو دنانير أو شيأ من المكيل أو الموزون فأنفق طائفة منها فى حاجته كان ضامنا لما أنفق منها لانه أتلف بالانفاق ولا يضمن ما بقى لانه لم يتلف فان جاء بمثل ما أنفق وخلط بالباقى صار ضامنا لجميعها ما أنفق بالاتلاف وما بقى بالخلط هذا اذا لم يجعل التعدى على ماله علامة حين خلط بمال الوديعة أما اذا كان علامة لا يضمن سوى ما أنفق لامكان التمييز اه اتقانى (قوله فى المتن وان تعدى الخ) قال الاتقانى ولقب المسئلة ان المودع اذا خالف فى الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عندنا خلافا لزفر والشافعى كذا فى نسخ طريقة الخلاف وقال فى التحفة وفى المستأجر والمستعير اذا خالفا ثم تركا الخلاف بقى الضمان وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع كذا فى التحفة وقال فى خلاصة الفتاوى وفى الاجارة والاعارة الاصح أنه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق واختلف المشايخ فى أن العين بالخلاف هل تدخل فى ضمانه أم لا قال بعضهم لا تدخل فى ضمانه حتى لو هلك فى حالة الخلاف لا يضمن واليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندوانى والصحيح أنه يدخل فى ضمانه بالخلاف فان محمدا نص فى الكتاب أنه اذا هلك فى حالة الخلاف واختلفا فى القيمة فالقول قول المودع والبينة بينة المالك كذا ذكر الامام علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف وقال فى الطريقة البرهانية والاصح أن العين تدخل فى ضمانه لان محمدا ذكر بلفظ

التعدي زال الضمان بخلاف المستعير والمستأجر وإقراره بعد جحوده) وقال الشافعي رضي الله تعالى
عنه لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة بين الضمان والامانة فلا يبرأ الا
بالرد على صاحبها ولا تعود الامانة الا بعقد جديد فصار كالمستعير والمستأجر وكالجحود ولنا أنه مأمور
بالحفظ وقد وجد وهذا لان الامر بالحفظ مطلق فيتناول الاوقات كلها فاذا خالف في البعض ارتفع حكم
العقد في ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق في غيره أتى بالمأمور به فيه فارتفع الخلاف ضرورة فتعود
الامانة كما اذا استأجر أجيرا للحفظ في مدة فترك الحفظ في بعضها ثم عاد فانه يستحق الاجر بقدره بخلاف
المستعير والمستأجر للعين اذا تعدى في العين المستعارة والمستأجرة ثم زال التعدي حيث لا يبرأ عن الضمان
لان البراءة من الضمان انما تكون باعادة يد المالك حقيقة أو حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما العين كان
لانفسهما لاستيفاء المنافع فاذا ترك الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبها لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع
فان يده يد المالك حكما لانه عامل له في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد ردها الى يد صاحبها حكما فيبرأ اذ هو
نائب عنه وبخلاف الجحود لان الجحود رفع للعقد فينفسخ به العقد فلا يعود الا بعقد جديد كالاحكام
الشرعية فانه بالجحود ينتقض إيمانه فلا يعود مسلما الا بعقد جديد وبالخيانة فعلا لا ينتقض حتى
اذا عاد الى الوفاق صح ولهذا جحود الوكيل الوكالة يكون فسخا وكذا جحود أحد المتبايعين البيع ولانه
لما جحد بحضرته عزل نفسه وهو يملك ذلك بحضرته وينفرد به ولانه لما طالبه المودع فقد عزله فيكون
هو بعد ذلك بالامساك غاصبا ولو عاد الى الاقرار وهذا معنى قوله في المختصر بخلاف المستعير والمستأجر
واقراره بعد جحوده وقال أبو يوسف رحمه الله لو جحدها عند غير صاحبها أو عنده حين سأله عن حالها
من غير أن يطلب منه الرد أو طلب منه الرد عند من يخاف عليها منه فجحدها لا يضمن لان الجحود في هذه
الصور من باب الحفظ وهو مأمور به فلا يعد انكارا ولا خلافا واعلاما وإتقانا للحفظ ولانه لا يملك عزل
نفسه حال غيبته ولم يعزله صاحبها فيكون باقيا على حاله وقال زفر رحمه الله يضمن لان الجحود سبب
الضمان لكونه اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف حقيقة قلنا في هذه الاحوال ليس
باتلاف وانما يكون اتلافا اذا أراد تملكها ومراده هنا حفظها بقطع طمع الطامعين فكيف يكون اتلافا
قال رحمه الله (وله أن يسافر بها عند عدم النهي والخوف) أي للمودع أن يسافر بالوديعة اذا لم ينهه المودع
ولم يخف عليها بالاخراج وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف له الخروج بها الى
مسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بما له حمل ومؤنة لان القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا تسافر المرأة
السفر القصير بغير محرم ولا زوج وقال محمد لا يخرج بما له حمل ومؤنة لانه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة
والظاهر من حاله أنه لا يرضى بذلك وربما تستغرق المؤنة الوديعة وقيمتها فلا يملكها فلا يجوز كالوكيل بالبيع
حيث لا يكون له اخراج المبيع فان أخرج ضمن وقال الشافعي ليس له أن يخرج بها سواء كان له حمل
ومؤنة أو لم يكن لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ في الامصار عادة وصار كالاستحفاظ بأجر
ولابي حنيفة رحمه الله أن الامر صدر مطلقا فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان والمفازة محل للحفظ
اذا كان الطريق آمنا والكلام فيه فصار كالمصر ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصغير مع أن ولايتهما
نظرية لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز لهما ألا ترى
أن الجودة في الاموال الربوية تتقوم في تصرفهما حتى لا ينفذ بيعهما إياها بمثلها وزنا لعدم النظر والوكيل
بالبيع مأمور بالبيع لا بالحفظ وانما يجب عليه الحفظ بمقتضى الامر بالبيع اذ لا يمكنه بيعه الا بعد
حفظه والاستحفاظ بأجر عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وما يلزم الآمر من مؤنة الرد ضرورة
صحة أمره فلا يعد ذلك اضرارا به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم فيه ومن يكون في المفازة يحفظ
ماله فيها كأهل الاخبية ولو كان الطريق مخوفا ليس له أن يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد
بأن سافر مع أهله لا يضمن ولو نهاه أن يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن ان كان له منه بد لان المصر

البراءة والبراءة انما تكون
بعد الوجوب اهـ اتقاني
وكتب على قوله في المتن وان
تعدى ما نصه بأن كانت دابة
فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا
فاستخدمه أو أودعه عند
غيره اهـ هداية (قوله
ولا تعود الامانة الا بعقد
جديد) والحاصل أنهما
اعتبرا الخلاف فعلا بالخلاف
قولا فاذا جحد الوديعة ثم
أقر لا يبرأ عن الضمان فكذا
هنا اهـ غاية (قوله والمستأجر
للعين اذا تعدى الخ) بأن
استأجر دابة الى مكان معين
ثم جاوزه ثم عاد اليه فانه لا يبرأ
ومن أصحابنا من قال ان كان
استأجرها ذاهبا وجائيا يبرأ
عن الضمان وان كان استأجرها
ذاهبا لا جائيا لا يبرأ عن
الضمان لان العقد انتهى
بالوصول الى ذلك المكان
وبالعود اليه لا يعود العقد
بينهما اهـ (قوله أو عنده
حين سأله عن حالها) ونص
قول أبي يوسف وان كان
الحكم عند علمائنا الثلاثة
كذلك وكذا عند الائمة
الثلاثة لما أن هذا التفصيل
لم يكن مذكورا في مبسوط
محمد وانما ذكر في اختلاف
زفر ويعقوب فأورده كذلك
اهـ معراج

(قوله والخلاف فى ذوات الامثال) قال صاحب الهداية والخلاف فى المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور فى المختصر أى فى مختصر القدورى وانما قال وهو المراد لان كلام القدورى باطلاقه يشمل ما يقسم وما لا يقسم فكان محتملا للوجهين فقال المراد منه ما يقسم استدلالا بوضع الجامع الصغير لان محمدا قال فيه ثلاثة نفر أودعوا رجلا ألف درهم فغاب اثنان وجاء واحد يريد أن يأخذ نصيبه الى هنا لفظ الجامع الصغير قالوا فى شروح الجامع وكذا الخلاف فى كل الاموال التى تحتمل القسمة وكذلك وضع المسئلة فى مختصر الطحاوى حيث قال ومن استودعه ثلاثة نفر من الدراهم أو ما سواها مما يقسم ثم جاء أحدهم يطلب نصيبه ولم يحضر صاحباه لم يكن عليه أن يعطيه منها شيأ وهذا قول أبى حنيفة وبه نأخذ وقال أبو يوسف ومحمد عليه أن يعطيه ثلثها الى هنا لفظ الطحاوى فى مختصره وقال الامام الاسبيجابى فى شرح مختصر الطحاوى وقال صاحباه يدفع نصيبه اليه ولا يكون هذا قسمة على الغائب (١) حتى ان الغائب لو هلك فى يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض (٨٠) ولو هلك المقبوض فى يد القابض فليس له أن يشارك المقبوض فيما قبض (قوله وفى غيره ليس له ذلك بالاجماع) قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وان كانت الوديعة عرضا فالصحيح انه لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه فى قولهم جميعا اه اتقانى (قوله ثم خرج الآخر وطالبه) أى وقال انا دفعناه اليك وقد ضيعت حقى بالدفع اليه وحده اه اتقانى (قوله فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك) أى لانكما دفعتماه الى اه (قوله فى المتن وان أودع رجل عند رجلين الخ) هذه المسئلة عكس التى قبلها لان فى هذه المودع واحد والمودع متعدد والمتقدمة بالعكس اه (قوله ولو دفع الى الآخر ضمن) أى ضمن الدافع النصف ولا يضمن القابض كما سيجىء اه وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا أودع رجل رجلين مالا قال يأخذ كل واحد منهما نصفه يعنى يقتسمانه قال فان دفع أحدهما المال كله الى صاحبه فتوى المال قال يضمن فى قول أبى حنيفة الذى دفع النصف ولا يضمن فى قول أبى يوسف ومحمد شيأ قال محمد ان أبا حنيفة قال ذلك فيما تستطاع قسمته فأما ما لا تستطاع قسمته نحو المملوك والثوب فاذا دفع أحد المستودعين ذلك الى صاحبه لم يضمن اه اتقانى (قوله اذا سلم أحدهما الى الآخر) أى فضاع ضمن النصف اه اتقانى (قوله فى الوجهين) أى فيما يقسم وما لا يقسم اه (قوله لان المودع رضى بأمانتهما) أى فكان دفع كل واحد منهما دفعه الى أمين المالك اه اتقانى (قوله على الانفراد) أى على سبيل المهايأة اه وكتب ما نصه قال فى قسم المبسوط من الشامل لو أودع رجلين عبدا فتهايآ على أن يكون عند أحدهما شهرا وعند الآخر شهرا لم يضمنا لانه لا يمكن الحفظ معا فجاز

أبلغ فى الحفظ فكان التقييد مفيدا وان لم يكن له منه بد لا يضمن قال رحمه الله (ولو أودعا شيأ لم يدفع المودع الى أحدهما حظه) أى لو أودع رجلان شيأ عند رجل فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وهو مروى عن على رضى الله تعالى عنه وقالا له ذلك والخلاف فى ذوات الامثال وفى غيره ليس له ذلك بالاجماع لهما أن الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف وهو له ولهذا كان له أن يأخذه اذا ظفر به فكذا يؤمر المودع بالتسليم اليه ولابى حنيفة رحمه الله ما روينا عن على رضى الله تعالى عنه ولان المودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا لو دفع اليه نصفه لا يكون قسمة بالاجماع حتى اذا هلك الباقى رجع صاحبه على الآخذ بحصته بالاجماع فاذا لم يقع قسمة لا يجوز له أن يدفع نصيب الغائب اليه لعدم اذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك لانه لا يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بأمثالها وأخذه الشريك عند الظفر به لا يدل على أن المودع يؤمر بالدفع ألا ترى أن رجلا اذا كان له على انسان ألف درهم دين وللمدين ألف درهم وديعة عند آخر فلغريمه أن يأخذ الوديعة اذا ظفر بها وليس للمودع أن يدفع اليه ولا يؤمر بذلك وروى أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامى ألفا فخرج أحدهما فطلبه منه فأعطاه ثم خرج الآخر وطالبه فتحير الحمامى وذهب الى أبى حنيفة رحمه الله فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع قال رحمه الله (وان أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفع الى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وكذا الجواب فى المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم أحدهما الى الآخر وقالا لاحدهما أن يحفظ باذن الآخر فى الوجهين لان المودع رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمن كما فيما لا يقسم ولابى حنيفة رحمه الله وهو أقيس أن المالك رضى بحفظهما لا بحفظ أحدهما ورضاه بأمانة الاثنين لا يكون رضا بأمانة الواحد وهذا لان الاصل ان فعل الاثنين اذا أضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزى يتناول البعض لا الكل فاذا سلم الكل الى الآخر ولم يرض المالك به ضمن ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده وأما فيما لا يقسم فالمالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل لانه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة صار راضيا بحفظ كل واحد منهما بجميعه على الانفراد قال رحمه الله

(ولو

(١) قوله حتى ان الغائب الخ هكذا فى أصل الحاشية ولعل فيه سقطا وتحريفا فارجع الى الاصول الصحيحة اه كتبه مصححه

(ولو قال له لا تدفع الى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها الى من لا بدّ له منه أو حفظه في بيت آخر من الدار لم يضمن) أي المودع قال ذلك للمودع فخالفه في ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيدا فيلغو وهذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه المودع من الدفع اليه مثل أن تكون الوديعة فرسا فمنعه من التسليم الى غلامه أو تكون عقد جوهر فمنعه من التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار متساوية أما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في يد من نهاه عن الدفع اليه كما اذا كانت الوديعة فرسا فنهاه عن الدفع الى امرأته أو كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار مختلفة بان كان في بعضها عورظاهر فيضمن بالمخالفة لان التقييد مفيد في مثله قال رحمه الله (وان كان له منه بدّ أو حفظها في دار أخرى ضمن) أي ان كان له بد من دفع الوديعة الى من نهاه عن دفعها اليه بان نهاه أن يدفعها الى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها الى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه أو قال له احفظها في هذا البيت أو في هذه الدار فحفظها في دار أخرى ضمن لان الناس يختلفون في الامانة والكياسة ومعرفة طرق الصيانة والاحتراز عما يوجب شينا في الدين اذهي الحاملة على الحفظ كما ينبغي وكذا الدور تختلف في الحرز فكان هذا الشرط مفيدا فيعتبر اذا كان لا يحرج بالوفاء بالشرط وذلك عند وجود من ذكرنا والا فلا قال رحمه الله (ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن مودع المودع أيضا فيكون لصاحبها الخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع به على أحد وان ضمن الثاني رجع به على الاول لكونه عاملا له لان الاول خائن بالتسليم الى الثاني بغير اذن المالك والثاني متعدّ بقبضه بغير اذنه فنزلا منزلة الغاصب ومودع الغاصب أو الغاصب وغاصب الغاصب أو الغاصب والمشتري منه غير أن الثاني مغرور من جهة الاول عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه

على هذا الوجه اهـ اتقاني (قوله في المتن ولو قال له لا تدفع الى عيالك الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان قال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فاني أتهمهم عليها فدفعها الى الذي نهاه عنه فهلكت فان كان المستودع لم يجد بدا من دفعها اليه لم يضمنها وان كان يجد من أهله وخدمه من يدفعها اليه ويضعها عنده غير هذا فأعطاه وهو يجد غيره ضمنه صاحب الوديعة الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه خالف في الوجه الاول بعذر وفي الوجه الثاني خالف بغير عذر اهـ اتقاني (قوله فنهاه عن التسليم الى امرأته) هكذا هو بخط الشارح وصوابه الى غلامه فتأمل اهـ (قوله في المتن وان كان له منه بدّ أو حفظها الخ) قال محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل أودع رجلا وديعة وأمره أن يحفظها في دار ونهاه عن الوضع في دار أخرى فوضعها في التي نهاه عنها فهلكت قال هو ضامن وان كان بيتان في دار والمسئلة بحالها لم يضمن وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا قال صاحب الوديعة للمستودع اخبأها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر من داره تلك فضاعت فلا ضمان عليه استحسانا ألا ترى انه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها ليلا ولا نهارا فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها ولو قال اخبأها في دارك هذه ولا تخبأها في دارك الأخرى فوضعها في التي نهى عنها ضمن ألا ترى أنه لو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامنا لها وان انتقل من الكوفة الى البصرة أو الى غيرها الشئ لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وعند الشافعي يضمن كذا في شرح الاقطع وذلك لانه نقلها الى بيت آخر من غير ضرورة فصار كما اذا نقلها الى دار أخرى ولنا أن الدار حرز واحد بدلالة أن السارق اذا أخذ من بيت من الدار فنقل الى بيت آخر لم يقطع لانه لم يهتك الحرز بعد والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض وما لا فائدة في تخصيصه في الامر يسقط في الايداع كما لو قال احفظها بيمينك دون شمالك أو قال ضعها في يمين البيت دون يساره حتى لو كان بين البيتين تفاوت في الحرز بأن كانت الدار عظيمة وظهر البيت الذي نهاه عنه الى السكة أو نحو ذلك قالوا في شروح الجامع الصغير يضمن بخلاف الدارين فان التفاوت في الحرز ظاهر فيهما ولهذا لو أخذ السارق من احدى الدارين فنقل الى الاخرى قطع حتى لو كانت الدار التي نهى عن الوضع فيها أحرز أو كانتا سواء في الحرز لا يضمن وبه صرح في شرح الطحاوي لان النهي ليس بمفيد والاصل أن كل شرط يفيد اعتباره ويمكن المودع مراعاته فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد اعتباره فهو لغو وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو قال احفظها في كيسك ولا تحفظها في صندوقك أو قال احفظها في صندوقك ولا تحفظها في البيت فحفظها في البيت لا يضمن والصندوق من البيت بمنزلة البيت من الدار لقلة التفاوت بينهما اهـ اتقاني (قوله في المتن ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أودع رجلا ألف درهم فأودعها المستودع الاول رجلا آخر فهلكت في يده قال لصاحب الالف أن يضمن المستودع الاول ولا يضمن الآخر وقال أبو يوسف ومحمد يضمن صاحب المال أيهما شاء فان ضمن الاول لم يرجع على الآخر بشئ وان ضمن الآخر رجع على الاول الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقول الشافعي مثل قولهما كذا في شرح الاقطع اهـ اتقاني

(قوله لا بصورة يده) أي لا باعتبار صورة مجرد يد الاول من غير رأي الاول اه من خط الشارح اه (قوله بالاجماع) كذا في الذخيرة اه
(قوله ولا يقال الخ) هذا السؤال والجواب أوردهما الاتقاني في شرحه ونصه فان قلت ان الاول اذا كان ضامنا كان الثاني آخذا من يد ضمين فينبغي أن يكون الثاني ضامنا ضرورة قلت هذه مغالطة لان الاول لم يكن ضامنا بمجرد الدفع قبل المفارقة بل هو أمين حينئذ لما قلنا وانما صار ضامنا بالمفارقة بصنع منه والثاني لم يوجد منه صنع فلا يضمن اه (قوله وقال ابن أبي ليلى لا يضمن الخ) قال الاتقاني وفي قول ابن أبي ليلى أن كل من ملك شيأ ملك تمليكه غيره بمثل ما ملكه كالعبد المأذون أذن والمكاتب يكاتب والمستأجر يؤاجر والمستعير يعير فاذا كان كذلك لم يجب الضمان على واحد منهما لانه لم يوجد التعدي من الاول في الايداع ولا من الثاني في القبض اه

لان حفظه باق ما دام في مجلسه وصاحبها رضي به باعتبار حصول رأيه لا بصورة يده بدليل انها لو هلكت قبل أن يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فعلم بذلك أن الايداع مباح له اذا لم يقطع رأي الاول فلم يكن متعديا بمجرد الدفع ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو أمين فيه فكيف يكون متعديا ضامنا بعده وهو لم يفوت الحفظ الذي التزمه بعقد وهذا لانه لما صار في أوله أمينا وجب أن يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله فصار نظير ما لو هبت الريح في ثوب انسان فألقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه فعل بعد فكذا هذا والجامع بينهما أن كل واحد منهم لم يكن متعديا في الابتداء فلا ينقلب متعديا بدون احداث فعل آخر ولا يقال لو لم يكن متعديا بالدفع لما ضمن بالفراق كما اذا دفعها الى من في عياله فلما ضمن بالفراق علم انه متعد فيكون القابض منه أيضا متعديا فيضمن ضرورة لانا نقول لما جاز له الدفع وهو حاضر بالاجماع بدليل ما ذكرنا صار كأن المودع قال له أذنت لك أن تدفعه الى غيرك بشرط أن لا تفارقه فانه لا يضمن ما دام معه فكذا هذا بخلاف مسئلة الغاصب والغاصب منه وأخواتها لانهم صاروا ضامنه بالتلقي منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاه ثم مودع الغاصب ان لم يعلم أنه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع واليه أشار شمس الائمة ذكره في النهاية وقال ابن أبي ليلى لا يضمن المودع بالايداع ولا مودع المودع بالقبض بناء على أن له أن يودع عنده لانه يجب عليه أن يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره قلنا لم يوجد من المودع الرضا بالدفع الى غيره ولا الدلالة على الرضا اذ لو رضي بغيره لما أودعها عنده فكان متعديا بالدفع فيضمن قال رحمه الله (معه ألف ادعى رجلان كل أنه له أودعه اياه فنكل لهما فالالف لهما وغرم آخر بينهما) أي اذا كان في يد رجل ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها اياه يحلف لهما فان نكل لهما كان الالف بينهما وعليه ألف آخر بينهما بيان ذلك أن دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شئ لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة في حقه دون الآخر وان نكل لهما قضى به بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه ألف آخر لهما لاقراره به أو لبذله اياه على اختلاف الاصلين ولايهما بدأ القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما ولعدم الاولوية والاولى عند التشاح أن يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل فان نكل للاول لا يقضي به حتى يحلفه للثاني لينكشف وجه القضاء هل هو لهما أو لاحدهما كما اذا أقاما البينة بخلاف ما اذا أقر لاحدهما فانه يحكم له به لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول

لا يكون

(قوله فكان متعديا بالدفع فيضمن) وقياسه ضعيف لان المودع ليس بمالك أصلا لانه ليس بمالك لعين الوديعة ولا لمنفعتها وانما هو رجل ملك منافع نفسه فلا يملك تسليم الوديعة الى غيره (قوله في المتن معه ألف ادعى رجلان الخ) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في ألف درهم في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها اياه فأبى أن يحلف لهما قال تكون هذه الالف بينهما ويغرم ألفا أخرى فتكون بينهما نصفين الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن أبي ليلى لا يجب عليه الا دفع الالف بعينها لانه لم يأخذ الا ألفا واحدة فلا يجب عليه ألف أخرى أما مذهب علمائنا فلانه لما نكل لاحدهما فقد أقر أنه قبض منه ألفا فلما نكل للآخر فقد أقر أنه أخذ منه ألفا فلما أقر لكل واحد منهما بألف ولم يصل لكل واحد منهما الا خمسمائة فعليه أن يغرم لكل منهما تمام الالف بيان المسئلة أن كل واحد من المدعيين ادعى دعوى صحيحة لاحتمال الصدق في دعوى كل منهما فتوجهت اليمين لكل واحد منهما على المنكر لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر ولكن يحلف لكل واحد منهما على الانفراد لان كل واحد منهما ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلفه اه اتقاني (قوله لاقراره) أي على قولهما اه (قوله أو لبذله اياه) أي على قول أبي حنيفة اه (قوله وبأيهما) الذي بخط الشارح ولأيهما اه (قوله أو لاحدهما) أي فانه بعد نكوله للاول ان نكل للثاني يكون الالف بينهما ويقضى لهما جملة وان حلف للثاني كان كل الالف للاول اه

(قوله لا يلزمه شئ) أى قبل قضاء القاضى اه قارئ الهداية (قوله ووضع المسألة فى العبد) قال الاتقانى ولكن الخصاف وضع المسألة فى العبد فى أدب القاضى اه (قوله قيل ينبغى أن يحلف الخ) قال الاتقانى قال الخصاف ينبغى أن يحلفه على هذا الوجه عند محمد خلافا لابى يوسف اه (قوله بناء) قال الاتقانى وجه البناء أن النكول اقرار فبالاقرار بالوديعة ضمن عند محمد فكذا بالنكول وعند أبى يوسف لم يضمن ثمة بالاقرار فكذا هنا بالنكول اه (قوله ودفعها الى غيره) أى بالقضاء اه اتقانى

لا يكون حجة الا بالقضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شئ وكذا البينة لا تكون حجة الا بالقضاء فيؤخر القضاء حتى ينكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتأخير لانه لا يقضى للمتقدم حتى يحلف للمتأخر ولو نكل للثانى أيضا قضى به بينهما نصفين لاستوائهما فى الحجة ويغرم ألفا آخر بينهما نصفين كما ذكر فى المختصر لانه بالنكول أوجب لكل واحد منهما كل الالف كأن ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما الى الآخر فيغرمه فلو قضى القاضى للاول حين نكل قبل أن يحلف للثانى لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل للثانى بعده كان الالف بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى وقال الخصاف نفذ قضاؤه لانه محل مجتهد فيه لان من العلماء من قال ينفذ قضاؤه للاول ولا يشاركه الثانى فيه لان النكول حجة شرعية كالاقرار ووضع المسألة فى العبد ولا فرق بينهما لان النقود تتعين فى الودائع والغصوب ثم لا يحلف المدعى عليه للثانى بعد القضاء عليه للاول مقتصرا على قوله ما هذا العبد لى بالاجماع لان نكوله لا يفيد بعد ما صار العبد لغيره وهل يحلف اذا ضم اليه القيمة بأن يقال له بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قيل ينبغى أن يحلف عند محمد خلافا لابى يوسف رحمهما الله بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفعها الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابى يوسف رحمهما الله فانه يقول ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره وانما فات بالدفع الى الاول وذلك بقضاء القاضى فلا يضمن ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذى سلط القاضى على القضاء به للاول باقراره ثم أقر للثانى بأنه مودع عنده والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله أعلم

﴿كتاب العارية﴾

قال رحمه الله (هى تمليك المنافع بغير عوض) هذا فى الشرع وفى اللغة مشتقة من العار منسوبة اليه ووزنها فعلية لان طلبها عار (١) وفى الشرع ما ذكره فى الكتاب وقال الكرخى والشافعى هى اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذا يعمل فيه النهى ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انها تنبئ عن التمليك لانها مأخوذة من العرية وهى العطية فى الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل فى المنفعة كذلك فاقتضت تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك وله أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كان اباحة لما جاز لان المباح له ليس له أن يبيح لغيره وهذا لان تمليك المنافع مشروع بعوض كالاجارة فوجب أن يكون مشروعا بغير عوض أيضا كالاعتاق لان كل ما جاز فيه التمليك ببدل جاز فيه التمليك بغير بدل الا النكاح والجهالة لا تفضى الى المنازعة وكل جهالة لا تفضى الى المنازعة لا توجب الفساد وهذا لانها غير لازمة فله أن يرجع فى كل ساعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة والجهالة فيها تفضى الى المنازعة حتى اذا كانت لا تفضى الى المنازعة كالخياطة جازت من غير ضرب المدة والنهى منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا يجوز اجارته لانها لم تدخل فى ملكه قبل الحدوث قال رحمه الله (وتصح بأعرتك) أى

(قوله فى المتن هى تمليك المنافع) قال الاتقانى هذا اختيار أبى بكر الرازى اه (قوله وقال الكرخى والشافعى) قال الاتقانى وجه قول الكرخى أنها لو كانت تمليك المنافع لا الاباحة لكان بيان المدة من شرطها لان تمليكها مع الجهالة لا يصح أصل الاجارة ولانها لو كانت تمليكا لجاز اجارة المستعير من غيره كالمستأجر ولهذا تنعقد بلفظ الاباحة بأن قال أبحت ركوب هذه الدابة أو أبحت لبس هذا الثوب لك وكذلك يصح نهى المعير المستعير عن الانتفاع فلو كان تمليكا لم يصح كما فى الاجارة ألا ترى أنه لو آجر دابته شهرا ثم قبل انقضاء المدة لو نهاه عن الانتفاع بها لم يصح وجه ما ذهب اليه أبو بكر الرازى أن العرية والعارية أحدهما مشتق من الآخر ولكن خص كل واحد منهما باسم فقالوا فى تمليك الاعيان عرية وفى تمليك المنافع عارية فدل على أن العارية تمليك لا اباحة اه (قوله ولهذا تنعقد بلفظ التمليك) أى فانه لو قال ملكتك منافع هذا العين شهرا ينعقد اعارة اه اتقانى (قوله لان المباح له الخ) وانعقادها بلفظ الاباحة بسبيل الاستعارة كانعقاد الاجارة بلفظ الاعارة واعلم أن ملك المستعير الاجارة لان الاجارة عقد (٢) جائز لازم فلو جاز له أن يؤجر انقلبت من الجواز الى اللزوم وفيه ضرر بالمعير ويخرج الجواب عن صحة النهى لانه لما كانت جائزة كان للمعير أن ينهى اه اتقانى (قوله ليس له أن يبيح لغيره) أى كالمباح له الطعام لا يجوز له أن يبيح من غيره اه اتقانى (١) قول الشارح وفى الشرع الخ هكذا فى النسخ وهو مكرر مع ما سبق كما ترى اه مصححه (٢) قول المحشى جائز لازم هكذا فى الاصل ولعل الوصف بجواز من زيادة الناسخ فحرر اه مصححه

(قوله في المتن وأطعمتك أرضي) قال الاتقاني وأما قوله أطعمتك هذه الارض فهو مستعمل في العارية مجازا لا حقيقة لانه يقال أطعمه فطعم ونفس الارض لا تطعم فكان المراد ما يخرج منها بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب وهو من طرق المجاز اه (قوله ومنحتك ثوبي) قال في الهداية في كتاب الهبة ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل قال الاتقاني وأشار بقوله لما روينا الى ما ذكره في أول كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة وهكذا ذكر الجواب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي من غير تفصيل وقال اذا قال منحتك هذه الارض فهي عارية ولكن شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده فصل في مبسوطه وقال اذا قال منحتك ان كان مضافا الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين يكون اعارة وان أضاف الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والطعام يكون هبة وذلك لان المنحة تذكر ويراد بها العارية قال النبي صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة وأراد به العارية لان الهبة لا تكون مردودة وانما المردودة العارية وتذكر ويراد بها الهبة يقال منح فلان فلانا أي وهب له واذا كانت اللفظة صالحة للامرين جميعا والعمل بهما متعذر في عين واحدة لان العين الواحدة لا يتصور أن تكون في محل عارية وهبة في وقت واحد عملنا بهما مختلفين فقلنا اذا أضيفت المنحة الى عين يمكن الانتفاع به (٨٤) مع بقاء عينه جعل عارية واذا أضيفت الى عين لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل هبة كما في المكيل والموزون توفيرا على المعنيين حظهما بقدر الامكان اه (قوله في المتن وأخدمتك عبدي) أي جعلته خادما لك اه (قوله في المتن وداري لك سكنى) قال الاتقاني وفرق شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بين قوله هذه الدار لك سكنى أو عمري سكنى وبين قوله هي لك لتسكنها فقال ولو قال هي لك لتسكنها كان تمليكا للدار لانه أضاف التمليك الى رقبة الدار وقوله لتسكنها مشورة فلا يتغير به قضية العقد اه اتقاني وقوله سكنى منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله داري لك يحتمل الوجهين تمليك عين الدار وتمليك منفعة الدار فخرج قوله سكنى تفسيرا قاطعا للاحتمال فتعينت العارية ولانه اه (قوله المنحة مردودة والعارية مؤداة) أي يجب ردها ويجب أداؤها اه اتقاني (قوله في المتن ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) أقول هذا فيما اذا كانت العارية مطلقة أما اذا كانت مقيدة بوقت فهلكت في يد المستعير بعد مضي الوقت فانه يضمنها كما سيصرح الشارح به عند قوله ومؤنة الرد على المستعير وعند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده والله تعالى هو الموفق اه وكتب على قوله بلا تعد ما نصه ولو تعدى ضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يضمن اذا هلكت الخ) أما اذا هلكت في حالة الانتفاع لا يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يوم أحد) كذا هو بخط الشارح رحمه الله اه وكتب على قوله يوم أحد ما نصه هكذا وقفت عليه في نسخ وشطب قارئ الهداية رحمه الله في نسخته على أحد (١) وكتب فوقه حنين اه ﴿فرع﴾ قال في الهداية والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمنها قال الاتقاني ولو شرط الضمان في العارية هل تصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في التحفة وقال في خلاصة الفتاوى رجل قال لآخر أعرني ثوبك فان ضاع فأنا ضامن له قال لا يضمن ونقل عن المنتقى اه (قوله فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال) ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء اه هداية (قوله عن استحقاق) أي تقدم وهو عقد الاجارة اه ﴿فرع﴾ قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي رجل استعار من رجل

بقوله أعرتك لانه صريح فيه قال رحمه الله (وأطعمتك أرضي ومنحتك ثوبي) لان الاطعام اذا أضيف الى ما لا تؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لانه محله ومنحتك ثوبي معناه اذا لم يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع وأصله أن يعطي الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من أعطى شيأ منح واذا أراد به الهبة أفاد ملك العين والا بقي على أصل وضعه قال رحمه الله (وحملتك على دابتي) أي اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى فاذا نوى أحدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كيلا يلزمه الاعلى بالشك قال رحمه الله (وأخدمتك عبدي) لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام قال رحمه الله (وداري لك سكنى وداري لك عمري سكنى) لان قوله داري لك محتمل يحتمل أن يكون له رقبتها ويحتمل أن يكون له منفعتها وقوله سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه لان قوله سكنى خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل قال رحمه الله (ويرجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تحدث شيأ فشيأ ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث فله ذلك قال رحمه الله (ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فأشبه الغصب وقال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت والمراد مثله من يأخذ لنفسه وقال عليه الصلاة والسلام العارية مضمونة وقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان يوم أحد فقال أغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعوض عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال أنا اليوم في الاسلام راغب رواه أحمد وأبو داود والاذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستأجر لان القبض فيها عن استحقاق

(١) قول المحشي وكتب فوقه حنين هكذا في النسخ والذي في شرح العيني أن هذا كان يوم خيبر فحرر اه مصححه

سلاحا يقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر قال لا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه هلك من عمل مأذون فيه فيصير مأذونا فيه ضرورة وقال الولوالجي في فتاواه رجل دخل الحمام واستعمل قصاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه وكذا اذا أخذ كوز الفقاع ليشرب فسقط وانكسر فلا ضمان عليه لانه عارية في يده اهـ اتقاني (قوله ليس على المستعير غير المغل ضمان) تمامه ولا على المستودع غير المغل ضمان رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وقيل عمرو في الاسناد عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان وهما ضعيفان اهـ عبد الحق (قوله لا على وجه الاستيفاء) يحترز عن الرهن اهـ (قوله ولان صفوان كان حربيا) أي كان مستأمنا اهـ قارئ الهداية (قوله لانه قبضه لنفسه) أي فعليه مؤنته كما يجب على المستعير نفقة العارية اهـ

ولانه لمنفعة صاحبه وبخلاف الوديعة لانه قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ولهذا لا يكون عليه مؤنة الرد ولهذا اذا هلكت عنده وضمنه المستحق قيمتها رجع على المودع وفي العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى بخدمته لان قبضه عن استحقاق فان الوارث يلزمه تسليم العين اليه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة والوديعة وهذا لان ضمان العدوان لا يجب الا على المتعدي ومع الاذن بالقبض لا يوصف بالتعدي فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض على وجه التعدي وانتفاء المبادلة لان وجوبه شرعا إما بعقد موجب للضمان أو بشبهته بان كان فاسدا أو بالتعدي فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته لانه عقد تبرع والتعدي لا يتصور مع الاذن ألا ترى أنه لو أذن له بالاتلاف فأتلفه لا يضمن فهذا أولى لانه دونه وحديث صفوان كان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال أغصبا يا محمد وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير اذنه بشرط الضمان كحالة المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية ويحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور في الحديثين ضمان رد العين فيحمل عليه ولان صفوان كان حربيا في ذلك الوقت ويجوز من الشروط بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت يقتضي رد العين وبه نقول لان رد العين واجب في الامانات وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع به بسبب الغرور وهو لم يغره أحد لان المعير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل وانما وجب عليه مؤنة الرد لانه قبضه لنفسه قال رحمه الله (ولا يؤجر) لان الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لانه لو جازت الاجارة من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع عليه حتى تفرغ مدتها فيتضرر فلا يلزمه بغير رضاه ولانه يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية أو عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة فلا يجوز قال رحمه الله (ولا يرهن كالوديعة) لان الرهن ايفاء وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه ولان فيه ضررا لان الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالاجارة قال رحمه الله (فان آجر فعطب ضمن) لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض ماله بغير اذنه فصار كالمستأجر من الغاصب فان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ملكه بالضمان وتبين أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر رجع على المؤجر وهو المستعير اذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا للضرر الغرور عن نفسه وان علم أن العين عارية في يده فليس له أن يرجع لانه لم يغره فصار كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب قال رحمه الله (ويعير ما لا يختلف بالمستعمل) أي يعير

اتقاني (قوله في المتن فان آجر فعطب ضمن) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا استعار الرجل من الرجل على أن يذهب بها حيث شاء ولم يسم مكانا ولا وقتا ولا ما يحمل عليها فذهب بها الى الحيرة أو أمسكها بالكوفة شهرا يحمل عليها أو يؤاجرها قال لا ضمان عليه في شيء من ذلك الا في الاجارة خاصة فانه حيث آجرها صار ضامنا ويتصدق بالغلة الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه أمره بالانتفاع مطلقا والمطلق يتناول أي انتفاع شاء واليه التعيين فعلى ان شاء استعملها في الركوب أو في الحمل عليها وأي ذلك فعل لا يمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك لان المطلق اذا تعين بقيد فلا يبقى مطلقا بعد ذلك ولا يملك الاجارة أصلا لانها عقد لازم والعارية عقد جائز وبناء اللازم على الجائز لا يجوز وقد قال بعض أصحابنا بأنه يملك الاجارة وتنعقد جائزة لا لازمة كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ثم قال والصحيح أنه لا تنعقد الاجارة لان من أصول أصحابنا أن المنافع لا قيمة لها وانما تتقوم بالعقد لاجل الحاجة ولهذا لم يملك أن يؤاجر أكثر مما استأجر لان القيمة لما ظهرت بالشرط اقتصرت على المشروط فلم تتقوم فيما وراءه وفي العارية لا شرط فلا قيمة فلم تصح الاجارة فاذا فعل ذلك وآجرها صار بمنزلة الغاصب والغاصب اذا فعل يملك الاجرة ويتصدق بها لانها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق اهـ اتقاني (قوله في المتن ويعير ما لا يختلف بالمستعمل) لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل استعار من رجل دابة ولم يسم شيئا قال له أن يعيرها وليس له أن يؤاجرها فان آجرها فعطبت فهو ضامن الى هنا لفظه في أصل الجامع الصغير وقال في مختصر الاسرار ويجوز للمستعير أن يعير وان شرط أن لا يعير الا أن يكون المعار مما يختلف

المستعير العارية إذا كانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه ليس له أن يعير لأن العارية إباحة المنافع عنده والمباح له ليس له أن يبيح لغيره وعندنا لما كانت تمليك المنافع جاز أن يعير لأن المالك يملك أن يملك كالمستأجر يملك أن يؤجر وكالموصى له بالخدمة يملك أن يعير وهذا إذا صدرت مطلقة وإن كانت مقيدة بشئ تتقيد به وهى المسألة التى تلى هذه المسألة على ما يجئ بتفصيله قال رحمه الله (فلو قيدها بوقت أو منفعة أو بهما لا يتجاوز عما سماه وإن أطلق له أن ينتفع أى نوع شاء فى أى وقت شاء) لأنه متصرف فى ملك الغير فلا يملك إلا على الوجه الذى أذن له فيه من تقييد أو إطلاق ثم لا يخلو إما أن تكون مطلقة أو تكون مقيدة بالزمان أو بالانتفاع أو بهما فإن كانت مطلقة كمن استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس ولم يسم شيأ كان له أن يلبس ويركب بنفسه وله أن يعير ما لم يلبس هو ولم يركب فإذا ألبس غيره أو أركبه فليس له أن يركب بنفسه بعد ذلك فى الصحيح لأنه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ذكره فى الكافى وقال سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس فى الانتفاع به كاللبس فى الثوب والركوب فى الدابة فجعله كالإجارة فعلى هذا ينبغى أن يحمل هذا الإطلاق الذى ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال على أن أركب عليها من أشاء أو ألبس الثوب من أشاء كما حمل الإطلاق الذى ذكر فى الإجارة على هذا وإن كانت الإعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه أو غيره معينا لا يجوز له أن يخالف ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب وأخواته وللمسمى أن يفعل فى أى وقت شاء وإن كان لا يختلف كالسكنى والحمل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره فى أى وقت شاء لأن التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد وإن كانت مقيدة بالوقت

تقدمت

باختلاف المستعمل مثل ركوب الدابة ولبس الثوب فإنه إذا شرط عليه أن لا يعير لا يجوز خلافا للشافعى اه اتقانى (قوله وكالموصى له بالخدمة يملك أن يعير) أى ولا يملك أن يؤجر قال الاتقانى والموصى له بالخدمة يملك أن يؤجر اه (قوله وهذا إذا صدرت مطلقة) أى عن الوقت والانتفاع اه (قوله وهى المسألة التى تلى هذه المسألة) أى ما ذكرنا من ولاية إعارة المستعير اه (قوله أو بهما) فهذه أربعة أوجه اه (قوله فإن كانت الخ) هذا هو الوجه الأول اه (قوله وله أن يعير) والركوب واللبس كما سيجئ قريبا مما يختلف باختلاف المستعمل لكن إنما يملك المستعير إعارته للإطلاق قال الاتقانى وعنده أى الشافعى الإعارة إباحة المنافع والمباح له لا يملك الإباحة ولهذا لا يملك الإعارة فيما يتفاوت الناس فيه كالركوب واللبس ثم قال فى ذكر دليلنا ولا نسلم أن المستعير لا يملك الإعارة فيما يتفاوت الناس فيه مطلقا بل له أن يعير إذا أعاره مطلقا اه وهو يؤيد ما قاله الشارح رحمهما الله وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله ثم العارية على ما قالوا فى شروح الجامع الصغير على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة فى حق الوقت والانتفاع جميعا وفى هذا الوجه للمستعير أن ينتفع به أى منفعة شاء فى أى وقت شاء عملا بإطلاق العقد والثانى أن تكون مقيدة فى الوقت والانتفاع بأن قيده بيوم وعين نوع منفعة كالحمل والركوب فليس له أن يتجاوز ذلك عملا بالتقييد (٨٦) إلا أن يكون ذلك خلافا إلى خير أو إلى مثل ذلك فحينئذ لا يضمن والخلاف كما إذا شرط المعير أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو سمسم أو أرز أو شئ من الحبوب مثل كيل الحنطة وخفتها لا يضمن استحسانا لأنه ليس بشرط مفيد اعتباره لأن صاحبه لما رضى بالحنطة كان أرضى بما دونها وفى القياس يضمن وهو قول زفر لأنه مخالف والخلاف إلى مثل ذلك كما إذا شرط أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من غيرها أو شرط أن يحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره لا يضمن لأن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيدا وهذا التقييد لا يفيد والثالث أن تكون مقيدة فى الوقت مطلقة فى الانتفاع والرابع على العكس وهو أن تكون مطلقة فى الوقت مقيدة فى الانتفاع ففى الوجهين ليس له أن يتجاوز المسمى وفى مسألة الجامع الصغير أطلق الوقت والانتفاع فلا يتقيد بشئ منهما عملا بالإطلاق فإن شاء ركب بنفسه وإن شاء حمل وإن أعار غيره للحمل جاز لأن الناس لا يتفاوتون فى الحمل والمستعير يملك الإعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه وإن أعاره للركوب صح من حيث إنه تعيين للانتفاع والمنتفع لأن جهة الانتفاع والمنتفع لم تكن معينة فإذا أعاره للركوب فقد عين جهة الانتفاع والمنتفع لا أنه يملك لأن من استعار للركوب لا يملك أن يعير غيره لتفاوت الناس فى الركوب لكن لما أطلق كان تعيين الراكب مفوضا إلى المستعير فإذا عين غيره تعين حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه ضمن وإليه ذهب فخر الإسلام على البزدوى فى شرح الجامع الصغير وتبعه الصدر الشهيد وقال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده إنه لا يضمن وهذا أصح عندى لأن المستعير من المستعير إذا لم يضمن بالركوب أو اللبس لأنه استعمل العين بإذن المستعير وتمليكه فلأن لا يضمن إذا ركبه بعد ذلك أو لبسه بالطريق الأولى لأنه استعمله بالملك لأنه لو لم يملك لما ملك غيره اه ما قاله الاتقانى رحمه الله (قوله وإن كانت) هذا هو الوجه الثانى اه (قوله وإن كان لا يختلف) قال فى الهداية وله أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل قال الاتقانى وذلك مثل خدمة العبد وزراعة الأرض وسكنى الدار وحمل الدابة أما الركوب واللبس فيختلف باختلاف المستعمل اه فقوله وزراعة الأرض مخالف لقول الشارح رحمه الله سابقا بأربعة أسطر والزراعة فإنه عدها مما يختلف باختلاف المستعمل اه (قوله وإن كانت) هذا هو الوجه الثالث اه

تقيدت به حتى لا يجوز له أن ينتفع بها الا فى الوقت المعين ومن حيث الانتفاع فهى باقية على اطلاقها فيجوز له مطلقا فيما يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة فى المطلق عن الانتفاع والوقت وان كانت مقيدة بهما تقيدت من حيث الوقت كيفما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة على ما بينا فى المقيد بالانتفاع ثم كل موضع قلنا تتقيد بالمسمى له أن يخالف الى ما هو خير منه أو الى مثله كما اذا قال له احمل على الدابة هذه الحنطة كان له أن يحمل عليها مثله أو دونه فى الضرر واختلفوا فى ايداع المستعير قال بعض المشايخ ليس له أن يودع مطلقا منهم الكرخى واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها فى الجامع أن المستعير اذا بعث العارية الى صاحبها على يد أجنبى فهلكت فى يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك الا ايداعا منه قال الباقلانى هذا القول أصح لان الايداع تصرف فى ملك الغير وهو العين بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة لانه تصرف فى المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا وأكثرهم على أنه يجوز منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الائمة لان الايداع دون الاعارة والعين وديعة عند المستعير فى العارية فاذا ملك الاعلى فأولى أن يملك الادنى قال ظهير الدين المرغينانى وعليه الفتوى قال رحمه الله (وعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة اذن فى الانتفاع به ولا يتأتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها ولا يملك الاستهلاك الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما ضررا لكونه يوجب رد المثل

(قوله وان كانت) هذا هو الوجه الرابع اه (قوله واختلفوا فى ايداع المستعير) أى قصدا اه اتقانى ﴿فرع﴾ والحاصل أن العارية المطلقة تعار ولا تؤاجر وفى ايداعها اختلاف المشايخ والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤاجر والشئ المستأجر يعار ويؤاجر وفى ايداعه اختلاف المشايخ كذا فى شرح الطحاوى اه اتقانى (قوله واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها فى الجامع) أى الجامع الصغير اه اتقانى سيأتى الجواب عن هذه المسئلة فى كلام الشارح عند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده اه (قوله الباقلانى) كذا بخط الشارح رحمه الله والذى فى النهاية البقالى اه (قوله والصدر الكبير برهان الائمة) والد الصدر الشهيد قال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير واليه أشار محمد فى آخر كتب كتاب العارية فانه قال المعير اذا وجد الدابة المستعارة فى يد رجل يزعم أنها ملكه فهو خصم واذا قال الذى فى يديه قد أودعنيها فلان الذى أعرتها منه فليس بخصم فهذا يدل على أن للمستعير أن يودع وعليه الفتوى قلت هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة فى آخر كتب كتاب العارية من الاصل اه اتقانى (قوله وعليه الفتوى) وسيأتى فى كلام الشارح عند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده أن المختار أن المستعير له أن يودع فراجعه فقد ذكر الشارح هناك الجواب عن المسئلة التى استدل بها على منع الايداع والله الموفق اه (قوله فى المتن وعارية الثمنين والمكيل والموزون الخ) قال الحاكم الشهيد فى الكافى وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عدا مثل الجوز والبيض الى هنا لفظ الكافى (٨٧) وكذلك الاقطان والصوف والابريسم والمسك والكافور وسائر متاع العطر والصيدلة التى لا تقع الاجارة على منافعها قرض كذلك قاله الاتقانى ثم قال قال الحاكم فى الكافى وان استعار آنية يتجمل بها فى منزله أو سيفا محلى أو منطقة مفضضة أو خاتما لم يكن شئ من هذا قرضا الى هنا لفظ الكافى وذلك لانه أمكن العمل بحقيقة الاعارة وهو تمليك المنافع مع بقاء العين على ملكه لانه يتجمل بهذه الاشياء والتجمل بالمال نوع انتفاع وقال فى خلاصة الفتاوى ولو قال لآخر أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها فعليه مثله أو قيمته وهو قرض الا اذا كان بينهما مباسطة ويكون ذلك دليل الاباحة وفى العيون قال خلف بن أيوب سألت محمدا رحمه الله عن رجل استعار من رجل رقعة يرقع بها قميصه أو خشبا يدخله فى بنائه قال لا يكون هذا عارية وهو ضامن لذلك كله وهو بمنزلة القرض فان قال أرده عليك فهو عارية اه (قوله فاقتضت تمليك عينها ضرورة) قال فى الكافى فى باب الصرف استقرض كر بر وقبضه ملكه وعن أبى يوسف لا يملكه حتى يستهلكه لان القرض اعارة الا أن العين هنا قامت مقام المنفعة وهى لا تملك الا باستهلاك كما فكذا العين ولهما أن العين لما قامت مقام المنفعة قام قبضها مقام قبض المنفعة فلو باعه من مقرضه صح لانه باع ملك نفسه ولو اشتراه من مقرضه لم يصح لانه اشترى ملك نفسه وفيه خلاف أبى يوسف فان اشترى ما عليه من البر من مقرضه بمائة درهم صح لانه مقدور التسليم لكونه فى ذمته فان تفرقا قبل قبض بدله فسد للافتراق عن دين بدين فان نقد بدله فى المجلس صح للافتراق عن عين بدين فلو نقد حتى صح ثم وجد بالكر عيبا لم يرده لانه ملكه بالقرض وهو تبرع لا يقتضى السلامة عن العيب ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن لان المبيع كر فى الذمة بدلا عن القرض والقرض معيب فالكر الذى وجب بدلا عنه يكون معيبا أيضا وقد تعذر رده لانه كان فى ذمته وسقط لما اشتراه عن ذمته فصار كالوهلك المبيع ثم علم بعيب به فانه يرجع بنقصانه وانما يعرف النقصان بأن يقوم الكر القرض غير معيب ويقوم وبه هذا العيب فيرجع بفضل ما بينهما ولو اشتراه بكر مثله لا يرجع أيضا لانه ربا اه

(قوله يوجب رد المثل) بخلاف الهبة اه

(قوله فحينئذ يضمن) والحاصل أن القلع اذا كان يضر بالارض فالخيار لرب الارض اه ﴿فرع﴾ فى الذخيرة والمغنى قال أبو على النسفى حاكيا عن أستاذه ان المستعير لا يجبر على النفقة بل يقال له ان شئت فأنفق والا فخل يدك عنه وقال أبو نصر لو استعار عبدا فطعامه على المستعير ولو أن مولاه أعاره فطعامه على المعير قال أبو الليث يعنى اذا قال مولى العبد خذ عبدى واستخدمه من غير أن يستعيره المستعير فان هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه وأما الكسوة فعلى المعير فى الاحوال كلها اه كاكى رحمه الله (قوله الى الوقت المذكور) قال الاتقانى وانما جاز له الرجوع قبل الوقت لان العارية مقتضاها الرجوع فلا يغيره التوقيت ولكن يكره الرجوع لئلا يلزم الخلف فى الوعد وذلك مكروه

لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم اه (قوله فيكون مغرورا) أى مغرورا من جهة الالتزام المعنوى على ما يأتى اه (قوله فى المتن وان وقت ورجع قبله) أى المعير اه (قوله فى المتن أيضا ضمن ما نقص بالقلع) أى البناء والغرس اه قال فى الهداية وضمن المعير ما نقص البناء والغرس قال الاتقانى أى نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذى فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين والغرس يروى بالفتح على ارادة المغروس وبالكسر وهو ظاهر اه (قوله فى المتن لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع استحسانا) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى والقياس فى ذلك مثل الغرس والبناء لانه انتهى العقد فكان له حق التفريغ ووجه الاستحسان انا لو أمرناه بالقلع لاضررنا به من غير نفع يعود الى المالك ولو بقيناه لانتفعنا من غير ضرر يعود الى المالك لانا نبقيه بأجرة والجمع بين الحقين أولى قال

بخلاف النخل لانه ليس لادراكه غاية معلومة فلو بقيناه لعطلنا عليه منفعة أرضه أما هذا فلادراكه غاية معلومة حتى لو كان الغراس للبيع والنقل لا للاستبقاء كان الحكم فيه كالحكم فى الزرع بخلاف الغاصب حيث يؤمر بقلع الزرع اذا زرع الارض لانه جان فى الابتداء وقد مست الحاجة الى رفع العدوان وههنا بخلافه كذا فى شرح الكافى اه اتقانى (قوله لان فيه مراعاة الحقين) أى حق المعير والمستعير وذلك لانه يترك الارض فى يد المستعير بأجر المثل لئلا تفوت منفعة الارض مجانا ولا يتلف زرع الآخر أيضا فيعتدل النظر من الجانبين اه اتقانى

ولان العارية توجب رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين ولهذا صير اليه فى ضمان العدوان فاتفقا هذا اذا لم يبين جهة الانتفاع بها فان بين جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بأن يستعيرها ليعاير بها ميزانا أو مكيالا أو ليزين بها دكانه أو غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية أمانة ليس له أن ينتفع بها الا كها فكان نظير عارية الحلى والسيف المحلى قال رحمه الله (وان أعار أرضا للبناء أو للغرس صح) لان منفعتها معلومة و يجوز الانتفاع بها شرعا وايجارها فكذا اعارتها بل أولى لكونها تبرعا قال رحمه الله (وله أن يرجع) لان العارية غير لازمة فكان له أن يرجع أى وقت شاء قال رحمه الله (ويكلفه قلعهما) أى قلع البناء والغرس لانه شاغل أرضه علكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما قائما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف عليه أرضه ويستبد هو بذلك لانه صاحب أصل بخلاف ما اذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما فى هذه المسألة بل أيهما طلب القلع أجيب قال رحمه الله (ولا يضمن ان لم يوقت) أى رب الارض لا يضمن للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع ان لم يوقت العارية وقتا وقال مالك رحمه الله يلزمه ضمان قيمتهما ويتركان فى أرضه لانه صار مغرورا من جهته فيلزمه الضمان كما اذا وقت العارية وقتا فرجع قبل الوقت قلنا العارية غير لازمة فيكون له الرجوع فى كل وقت فلم يكن غارا له بالاطلاق وانما هو اغتر بنفسه بخلاف ما اذا كانت مؤقتة فرجع قبل الوقت لانه يصير غارا له بذلك حيث نص على تركها فى يده الى الوقت المذكور وهذا لان ظاهر حال المسلم أن يفى بالوعد فيكون مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه قال رحمه الله (وان وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع) وقال زفر رحمه الله لا يضمن لان التوقيت فى العارية غير ملزم كأصل عقدها ولهذا كان له أن يستردها فى أى وقت شاء والغرور انما يثبت فى ضمن عقد المعاوضة لا فى التبرعات ولهذا لو هلكت العارية عند المستعير فاستحقها مستحق وضمنه قيمتها لا يكون له الرجوع بما ضمن وفى المعاوضات كالبيع والاجارات له ذلك فصار كما اذا كانت العارية مطلقة ونحن قد فرقنا بينهما ولان كلام العاقل يحمل على الفائدة ما أمكن وجواز العقد يثبت بدون التوقيت فلا بد للتوقيت من الفائدة ولا يكون ذلك الا بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل الوقت فصار كأنه قال ان رجعت قبل الوقت فأنا ضامن لك فيلزمه بحكم التزامه لا بمجرد العقد ومعنى قوله ضمن ما نقص أن يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت قال رحمه الله (ولو استعارها للزرع لم تؤخذ منه حتى يحصد) الزرع استحسانا (وقت أو لم يوقت) لان له نهاية معلومة فيترك بأجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما فى الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك

(قوله فى المتن ومؤنة الردّ على المستعير الخ) قال فى شرح الطحاوى للامام الاسبيجابى وعلف الدابة على المستعير سواء كانت مطلقة أو مقيدة وكذلك مؤنة الردّ على المستعير اه اتقانى (قوله فى المتن أيضا والمرتهن) قال الاتقانى نقلا عن شرح الطحاوى للامام الاسبيجابى فى كتاب العارية وفى الرهن مؤنة الردّ على الراهن اه ولا يخفى ما فيه من المخالفة اه وفى الخلاصة أن مؤنة الرهن على الراهن وعزاه لشرح الطحاوى أيضا ولم يحك خلافه وفى الجوهرة على المرتهن كما فى الكنز وهو الظاهر اه (قوله ولهذا لو كانت العارية مؤقتة الخ) سيأتى هذا الفرع فى أواخر الصفحة الآتية فى الشرح فراجعه اه وكتب ما نصه قال فى الوجيز العارية اذا كانت مطلقة فى الوقت والانتفاع بأن استعار دابة أو ثوبا ولم يوقت ولا من يستعمله فللمستعير أن يلبس و يركب غيره والعارية المقيدة فيهما بأن استعار شيأ يوما وبين أنه يستعمله بنفسه ففى الدابة والثوب ليس له أن يركب و يلبس غيره وله أن يعير غيره للحمل وفى العبد والدار له أن يعير غيره وان كانت مؤقتة فى الوقت مطلقة فى الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل عليها ما شاء فى اليوم فان أمسكها بعد الوقت ضمن وان لم ينتفع بها وهو الصحيح وان كانت مطلقة فى الوقت مقيدة فى الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل عليها الحنطة متى شاء اه وهذه الاوجه الاربعة المذكورة وان تقدمت فى كلام الشارح فانما (٨٩) أعدتها للفائدة اه (قوله وانما يجب عليه التمكين والتخلية) قال فى البدائع حتى لو استأجر دابة ليركبها فى حوائجه فى المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها بأن يمضى بها اليه وعلى الذى آجر أن يقبضها من منزل المستأجر لان المستأجر وان انتفع لكنه بعوض فبقيت العين أمانة فى يده ولهذا لا يلزمه نفقتها حتى لو أمسكها أياما فهلكت لم يضمن سواء طلبها منه أو لم يطلبها لانه لم يلزمه الرد الى بيته بعد الطلب فلم يكن متعديا فى الامساك كالمودع اذا امتنع من رد الوديعة الى بيت المودع فهلكت اه

قال رحمه الله (ومؤنة الردّ على المستعير والمودع والمؤجر والغاصب والمرتهن) لان المنفعة حصلت لهم والاصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له أما المستعير فلانه قبضه لمنفعة نفسه والردّ واجب عليه ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضى الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن بخلاف المستأجر فاذا وجب عليه الردّ كانت مؤنته عليه لان الخراج بالضمان والغرم بالغنم وأما المستأجر فلان العين المستأجرة مقبوضة لمنفعة المالك لان الاجر سلم له به ولا يجب على المستأجر ردّها وانما يجب عليه التمكين والتخلية فلا يكون عليه مؤنة الردّ ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه لانا نقول ان ما حصل له منفعة وهى عرض يفنى وما حصل للمؤجر عين تبقى فكان هو بالوجوب أولى وأما الوديعة فلان منفعة القبض حاصلة له لانه لحفظ العين ومنفعة حفظها عائدة اليه فكانت مؤنة ردّها عليه وأما العين المغصوبة فلان الغاصب يجب عليه نسخ فعله وذلك بردّها واعادتها الى يد مالكها كما كانت لانه هو الذى أزال يده متعديا فى ردّها براءة ذمته فيكون عليه مؤنة ردّها دفعا للضرر عن المالك وأما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه قال رحمه الله (وان ردّ المستعير الدابة الى اصطبل مالكها أو العبد الى دار المالك برئ بخلاف المغصوب والوديعة) وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ لانه لم يردهما الى صاحبهما وانما ضيعهما فضمنهما فصار كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف وهو المعوّل عليه وهذا لان الاصطبل أو الدار فى يد المالك ولو ردهما على المالك كان يردهما الى الاصطبل أو الدار فكان الرد اليهما ردا على المالك بخلاف الوديعة لانه التزم الحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضى به لما أودعها عنده و بخلاف الغصب لانه صار متعديا باثبات يده فى العين و بازالة يد صاحبها فلا بد من ازالة يده واثبات يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم حقيقة وقيل هذا فى عادتهم وفى زماننا لا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبهما وعن ابن سلمة أنه ان كان المربط خارج الدار لا يبرأ لان الظاهر أن الدابة

(قوله وأما الرهن فلان قبضه) أى قبض المرتهن اه (قوله فى المتن وان ردّ المستعير الدابة) قال الحاكم الشهيد فى مختصره المسمى بالكافى واذا ردّ المستعير الدابة فلم يجد خادمها ولا صاحبها فربطها فى دار صاحبه على معلفه فضاعت قال هو ضامن لها فى القياس ولكنى أستحسن أن لا أضمنه الى هنا لفظ الكافى وقال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره وان ردّ المستعير الدابة الى منزل صاحبها الذى يكون فيه فربطها على آريها فهلكت بعد ذلك فلا ضمان عليه استحسانا والقياس أنه يضمن الى هنا لفظ الكرخى و بالقياس أخذ الشافعى كذا فى شرح الاقطع ووجه القياس أنه لم يوجد الرد الى المالك اه اتقانى (قوله لانه لم يردهما) أى الدابة أو العبد اه (قوله ووجه الاستحسان) قال الاتقانى وجه الاستحسان انه أتى بالتسليم المعتاد بين الناس لان الناس يستعيرون الدابة فيردونها الى اصطبل المالك والجيران يستعيرون آلة البيوت و يردونها الى دار صاحبها او يسلمونها الى من فيه دون صاحب الدار فلو ردّ الى المالك أيضا كان المالك أيضا يحفظها بهذا المكان فقد أسقط عنه المستعير كلفة زائدة فترك القياس بالعادة قال النبى صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن ولهذا قال مشايخنا لو كانت العارية عقد جوهر لم يجز أن يردها الا الى المعير لان العادة لم تجر بحفظه فى الدار ولا دفعه الى الغلام (قوله بخلاف الوديعة) أى حيث لا يبرأ فيها الا بالرد الى المالك اه

تكون هناك بلا حافظ قال رحمه الله (وان ردّ المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مع عبد رب الدابة أو أجيره برئ بخلاف الاجنبي) والقياس أن لا يبرأ الا بالتسليم والايصال الى يد صاحبها ووجهه ما بيناه ووجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسائسه والدفع اليه كالدفع الى صاحبها عادة وهو لو دفعها الى المالك لدفعها هو الى السائس وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه كما مر فى الوديعة فيكتفى بالتسليم منه الى السائس الى السائس أو من السائس الى المالك بخلاف الوديعة حيث يضمن بالدفع الى سائس المالك لعدم العرف بالتسليم اليه ولانه انما أودعه لكونه لم يرض بغيره ولو رضى به لما أودعها عنده بخلاف غلام نفسه حيث يكون له أن يدفع الوديعة اليه على ما بينا غير مرة انه لا بد له منه وهذا فى الاشياء التى تكون فى يد الغلمان عادة وأما اذا لم تكن فى أيديهم عادة كعقد لؤلؤ ونحو ذلك فردّها المستعير الى يد غلام صاحبها أو وضعها فى داره أو اصطبله يضمن لان العادة لم تجر به فى مثله ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه يضمن ثم قيل هذا اذا ردّها الى يد عبده الذى يقوم على الدواب والاصح أنه اليه والى غيره لانه ان لم يكن فى يده دائما يدفع اليه فى بعض الاوقات فيكون رضا المالك موجودا دلالة وقوله بخلاف الاجنبى يعنى بخلاف ما اذا ردّها مع الاجنبى فانه يضمن لانه متعدّ فى يد الاجنبى وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له أن يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدّتها ثم بعثها مع الاجنبى لانه بامساكها بعد مضى المدّة يصير متعدّيا حتى اذا هلكت فى يده ضمن فكذا اذا تركها فى يد الاجنبى وهذا لان الوديعة أدنى حالا من العارية فاذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف فأولى أن يملك الايداع على ما بينا من قبل ولا يختص بشئ دون شئ لان الكل لا يختلف فى حق الايداع وانما يختلف فى حق الانتفاع قال رحمه الله (ويكتب المعار أطعمتنى أرضك) أى اذا استعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب المستعير انك أطعمتنى أرضك وهذا عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وقالا يكتب انك أعرتنى لان الاعارة هى الموضوعة لهذا العقد والكتابة باللفظ الموضوع له أولى كما فى اعارة الثوب والدار فانه يكتب فيه أعرتنى ولا يكتب ألبستنى ولا أسكنتنى وله أن لفظ الاطعام أدل على المقصود لانه يخص الزراعة لان الاطعام اذا أضيف الى ما لا يؤكل يعرف منه ان المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة بخلاف لفظ الاعارة فانها تنتظم الزراعة والبناء والمراح ونصب الخيام بخلاف الدار والثوب لان منفعتهما غير متنوّعة فحصل المقصود بذكر العارية فلا حاجة الى

(قوله فى المتن أو أجيره برئ) أى لان المستعير فى حق العين مودع وأمين والمودع يملك الدفع الى من فى عياله فكذا المستعير وعبده فى عياله وكذا أجيره اذا كان مسانهة أو مشاهرة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس فى عياله فكان الردّ الى يد هؤلاء كالردّ الى يد المالك اه اتقانى (قوله بخلاف غلام نفسه) قال ظهير الدين اسحق الولوالجى فى فتاواه ولو كان على دابة بعارية أو اجارة فنزل عنها فى السكة أو دخل المسجد ليصلى فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها لانه لما دخل المسجد والبيت وتركها خارج المسجد والبيت فقد ترك الحفظ لما غيبها عن عينه ومن مشايخنا من قال هذا اذا لم يربطها بشئ أما اذا ربطها لا يضمن لانه متعارف وان كان فى الصحراء ونزل ليصلى وكان يمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه لانه لما أمسكها لم يترك حفظها وقال فى الفتاوى الصغرى استعار من آخر دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيله ليحمل عليها الحنطة فحمل الوكيل طعاما لنفسه لا يضمن نص عليه فى باب خصومة المتفاوضين من كتاب الشركة ثم قال وهذا شئ عجيب ثم قال فى الفتاوى الصغرى استعار ثورا ليكرب أرضه وعين الارض وكرب أرضا أخرى فعطب الثور يضمن لان الاراضى تختلف فى الكراب سهولة وصعوبة بخلاف من استعار دابة ليذهب الى مكان معلوم فذهب الى مكان آخر بتلك المسافة كان ضامنا وكذا لو أمسك الثور فى بيته ولم يكرب حتى عطب ضمن لانه ليس له ولاية الامساك لعدم الرضا من المالك وكذا فى الاجارة اذا أمسك ولم يذهب ثم قال المستعير اذا وضع المستعار بين يديه ونام لا يضمن لان هذا حفظ عادة لكن هذا اذا نام جالسا أما اذا نام مضطجعا يضمن اه اتقانى (قوله ثم قيل هذا) أى عدم الضمان بالردّ الى رب الدابة اه (قوله وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير الخ) قال الاتقانى ودلت المسئلة هذه على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا واليه بيان ذهب الشيخ أبو الحسن الكرخى وقد مر ومن قال بانه يملك الايداع وهو اختيار مشايخ العراق يؤوّل هذه المسئلة فيقول بان العارية قد انتهت فبقى مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق اه (قوله فى المتن ويكتب المعار) أى المعار له اه (قوله والكتابة باللفظ الموضوع له أولى) أى لان الحقيقة أحق بان تراد وبقولهما أخذ الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اه اتقانى (قوله بالتمكين من الزراعة) قال الاتقانى وجه قول أبى حنيفة أن عارية الارض قد تكون للزراعة وقد تكون لغيرها من السكنى والبناء ولفظ الاطعام أدل على المراد لان قوله أطعمتك هذه الارض معناه أذنت لك أن تزرع فيها لتأكل من غلاتها فلما كان كذلك يكتب به لزوال الشبهة وبعلم أنه أذن له فى الزراعة خاصة دون البناء والسكنى ولفظة الاطعام وان كان مجازا معلوما لكونه متعارفا لان كل واحد يعلم أن ذات الارض لا تؤكل فكان أولى بالاستعمال لتبيين المراد بها اه

بيان المنفعة وعلى هذا ينبغي أن يكتب في كل فصل ما هو أدل على المقصود حتى يكتب في استعارة الارض انك أطعمتني أرض كذا لازرعها ما أشاء من غلة الشتاء أو الصيف لانه أدل على المقصود وأبعد من الاختلاف والله أعلم

﴿كتاب الهبة﴾

قال رحمه الله (هي تمليك العين بلا عوض) هذا في الاصطلاح وفي اللغة هي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور الآية وهي من صفات الكمال فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل انك أنت العزيز الوهاب والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد ولهذا من باشرها كان من المفلحين قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون وهي مشروعة مندوب اليها بالاجماع وشرطها أن يكون الواهب عاقلا بالغا حرا والموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا وركنها الايجاب والقبول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير أن يكون لازما قال رحمه الله (وتصح بايجاب كـ) قوله (وهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام وجعلته لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكنى أو سكنى هبة وقبول وقبض بلا اذن في المجلس وبعده به في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم) أي تصح الهبة بايجاب كقوله وهبت الخ وبقبول وقبض في المجلس وفيما بعد المجلس يملكه بالاذن صريحا لا غير كل ذلك في محوز ومشاع لا يقسم أما الايجاب والقبول فلانه عقد فينعقد بهما كسائر العقود وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك وقال أبو بكر الصديق لعائشة رضي الله عنهما في مرضه كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولان فيه الزام المتبرع ما تبرع به

قد ذكرنا وجه المناسبة في العارية وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة وكتب ما نصه قال الاتقاني أما تفسيرها لغة فهي اعطاء الشيء بغير عوض أي شيء كان مالا كان أو غير مال قال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور أطلق اسم الهبة على الولد وان لم يكن مالا لانه أعطانا بغير عوض وفي العرف يراد بها تمليك المال بغير عوض وهو المراد في الشريعة اهـ (قوله وشرطها) قال الاتقاني وأما شرط جوازها فالقبض حتى لا يثبت الملك للموهوب له عندنا قبل القبض خلافا لابن أبي ليلى ومالك فانه ليس بشرط عندهما وكونها غير مشاع اذا كانت مما يحتمل القسمة شرط الجواز أيضا وعند الشافعي هبة المشاع جائزة وكذا التصرف بالمشاع وكون المحل المضاف اليه الهبة مالا قابلا للتمليك شرط الجواز أيضا حتى اذا وهب المدبر أو أم الولد أو الحر لا يصح اهـ (قوله وركنها الايجاب والقبول) قال الاتقاني وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة وركنها الايجاب والقبول ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول اهـ (قوله من غير أن يكون لازما) الا أن يحصل مقصود الواهب من الهبة كصلة الرحم لكن يكره الرجوع لما فيه من الدناءة اهـ اتقاني (قوله في المتن وتصح بايجاب وقبول) قال الكاكي أي تصح في حق الواهب بمجرد الايجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض لان الهبة عقد تبرع يتم بالمتبرع فصار عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض اهـ (قوله فينعقد بهما) قال الاتقاني أما الايجاب والقبول فلأن الهبة عقد والعقد لا بد له من الايجاب والقبول وأما القبض فهو شرط صحة الملك للموهوب له حتى لا يملك قبل القبض عندنا هذا في حق ثبوت الملك للموهوب له أما اذا حلف وقال لا يهب لفلان فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض لانه تمليك فلا يفيد الملك الا بالقبول كما في البيع ولنا أن الهبة اسم لايجاب الملك من جانب واحد وانه يتم بالمالك الا أن القبول شرط ثبوت الملك لا شرط وجود الهبة فصار كما اذا حلف لا يقر له بشيء أو لا يوصي له بشيء فأقر أو أوصى هو ولم يقبل الآخر يحنث فكذا هذا بخلاف البيع فانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما كما في الحصر والمختلف وعند ابن أبي ليلى يثبت الملك قبل القبض كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهو مذهب مالك اهـ (قوله نحلتك جداد) قال ابن الاثير في الجيم مع الدال المهملة الجداد بالفتح والكسر صرام النخل وهو قطع ثمرتها يقال جد الثمرة يجدها جدا ومنه حديث أبي بكر قال لعائشة رضي الله عنهما اني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا اهـ

(قوله لانه تصرف فى ملك الغير) وذلك لان ملك الواهب فيه قبل قبض الموهوب له باق بدليل صحة تصرفه من البيع والاعتاق اه اتقانى
(قوله فلا يجوز الا باذنه) وبه قال الشافعى اه اتقانى (قوله فيكون تسليطا له على القبض) أى اقتضاء اه اتقانى وكتب ما نصه قال شيخ
الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه فأما اذا نهاه عن القبض بعد الهبة بان قال له لا تقبض فقبض فانه لا يصح قبضه قبض فى المجلس أو بعد
المجلس أما بعد المجلس فلا اشكال فيه لانه لو قبض فى المجلس لم يصح قبضه فبعد المجلس أولى وان قبض فى المجلس لم يصح لان نهى الواهب
الموهوب له عن القبض رجوع عن الايجاب لان القبض فى باب الهبة بمنزلة القبول فى باب البيع والبائع لو نهى المشترى عن القبول
بعد الايجاب كان ذلك رجوعا منه عن الايجاب دلالة فكذلك هذا ولو رجع ثم قبض لا يصح قبضه فكذلك هذا اه اتقانى (قوله فيتقيد
ذلك بالمجلس) أى وان لم يوجد الاذن صريحا بيانه ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه أنه لابد لبقاء الايجاب على الصحة من
القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود
القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما فى البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشترى
بالقبض مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع
بثبوت الاذن فى المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض فى المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو أثبت نصا لان الثابت
نصا ثابت من كل وجه فيثبت فى المجلس وبعد المجلس والجواب فى البيع الفاسد على هذا التفصيل الذى ذكرنا فى الهبة

فلا يجوز بخلاف الوصية لان المتبرع قد مات والورثة ليسوا بمتبرعين ولو قال وهبتك هذا الشئ فقبضه
الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض وقوله وقبض فى المجلس بلا اذنه أى بلا اذن الواهب
وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز الا باذنه لانه تصرف فى ملك الغير فلا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان
أن القبض كالقبول فى الهبة ولهذا الايملك بها قبله ويغنى عن القبول كما بينا والمقصود من الايجاب
اثبات الملك فيكون تسليطا له على القبض دلالة اذ ملكه لا يتصور الا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لانه
بمنزلته على ما بينا بخلاف ما اذا نهاه عن القبض فى المجلس لان التصريح يفوق الدلالة فلا تعمل بمقابلته شيأ
ولهذا صح الاذن بعد المجلس لكونه صريحا وانما انعقدت بقوله وهبت لانه صريح فى الهبة وبقوله
نحلت لانه مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذا قال
أبو بكر رضى الله تعالى عنه لعائشة رضى الله تعالى عنها كنت نحلتك على ما بينا وبقوله أطعمتك هذا
الطعام لان الاطعام اذا أضيف الى ما تؤكل عينه يراد به التمليك بغير عوض وهو الهبة بخلاف ما اذا قال
أطعمتك هذه الارض لان عينها لا تؤكل فيكون المراد به ما يستغل منها فأمكن ذلك بالعارية وبقوله
جعلته لك لان اللام للتمليك فصار كأنه قال ملكتك هذا الثوب ألا ترى أن ذلك لو كان بعوض كان تمليكا
فكذا بغير عوض وبقوله أعمرتك لقوله عليه الصلاة والسلام من أعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من

بعده

وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا كان العبد الموهوب حاضرا فقال له الواهب قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها وانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز لان التخلية اقباض منه فاذا قبض باذنه تم العقد قال فرق بين هذا وبين البيع فانه اذا خلى بينه وبين المبيع نزل قابضا وان لم يباشر القبض بخلاف الهبة والفرق بينهما أن القبض واجب عليه فى باب البيع وانه يحتاج الى اخراج نفسه عن العهدة اذا أتى بما فى وسعه وليس فى وسعه الا التخلية
بخلاف الهبة فان التسليم ليس بواجب عليه فى الهبة فاذا لم يسلمه اليه ويقبضه لا يعد مسلما وان كان غائبا فأذن له فى القبض جاز له أن
يرجع ما لم يقبض لان الهبة لا تلزم قبل ايصال القبض بها فصح رجوعه كذا فى شرح الكافى وقال الكرخى فى مختصره فان أذن له فى
القبض فقبض الهبة بحضرة الواهب أو بغير حضرته جاز القبض اه اتقانى وكتب ما نصه قال قاضيخان رجل قال لآخر وهبت عبدى
هذا منك والعبد حاضر بحيث لو مديده ناله فقال قبضته قال أبو بكر جازت الهبة من غير قبول ويصير قابضا فى قول محمد وقال أبو يوسف
لا يصير قابضا ما لم يقبض وان كان العبد غائبا فقال وهبت منك عبدى فلانا فاذهب واقبضه فقبضه جاز وان لم يقل قبلت وبه نأخذ اه
كلام قاضيخان رحمه الله وعلم منه أن مجرد التخلية لا يكون قبضا عند أبى يوسف ولابد عنده من القبض الحقيقى قال فى المحيط فى باب قبض
الهبة ما نصه النوادر رجل وهب من رجل ثوبا وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته قال أبو حنيفة صار قابضا لانه متمكن من قبضه فأقيم
تمكنه مقام قبضه كالتخلية فى باب البيع وقال أبو يوسف لا يصير قابضا ما لم يقبضه بنفسه لانه غير قابض حقيقة اه وعلى هذا فمحمد مع
أبى حنيفة رحمهما الله فقوله الحقيقى أى وهو نقله من ذلك المكان اه (قوله لان الاطعام اذا أضيف الخ) قال الاتقانى رحمه الله ولنا فى
تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغى أن يكون المراد من الاطعام
فى الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام فى الآية مضافا
الى ما يطعم عينه فافهم اه

(قوله لان الكسوة يراد به التمليك) أى تمليك العين لا تمليك المنفعة اهـ (قوله والمراد به التمليك) أى وألفاظنا تحمل على ما هو المراد من ألفاظ الشرع اهـ اتقانى (قوله دارى لك هبة) نصب على الحال اهـ (قوله مشورة) هى بتسكين الشين وفتح الواو وبضم الشين وسكون الواو بمعنى الشورى وهى استخراج رأى على غالب الظن اهـ اتقانى (قوله قال دارى لك هبة) نصب على الحال أو على التمييز اهـ (قوله احترز بقوله محوز عن المتصل) قال الاتقانى وقوله محوزة احترازا عما اذا كانت الهبة مشغولة بما لم تقع عليه الهبة كالثمر فى النخل والزرع فى الارض وكالظرف فيه متاع الواهب وقوله مقسومة احترازا عن المشاع قال علماؤنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا تفيد الملك قبل القسمة وقال الشافعى انها تامة وبعض أصحابنا قالوا انها فاسدة والاصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ولا يقال انها فاسدة بل غير تامة كذا هذا وأجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة تامة كذا قال علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف وقال فى الطريقة البرهانية قال علماؤنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تفيد (٩٣) الملك قبل القبض وقال الشافعى تفيد

بعده ولان معنى العمرى هو التمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له فصح التمليك وبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وبقوله حملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة لان الاركاب تصرف فى المنفعة فيكون عارية الا اذا أراد به الهبة فتصح لانه مستعمل فيه يقال حمل الامير فلانا على الدابة يعنون به التمليك فتصح نيته لاسيما اذا كان تشديدا عليه وبقوله كسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد به التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم والمراد به التمليك لان الكفارة لا تتأدى بالمنافع وكذا يقال كسا فلان فلانا اذا ملكه لا اذا أعاره وبقوله دارى لك هبة تسكنها لان اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه بخلاف ما اذا قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة حيث تكون عارية على ما يأتى فى العارية وهو المراد بقوله لا هبة سكنى أى لا تكون تمليكا بقوله دارى لك هبة سكنى وقوله فى محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم أى تجوز الهبة فى محوز مقسوم وفى مشاع لا يقسم ولا تجوز فى مشاع يقسم احترز بقوله محوز عن المتصل كالثمرة على الشجرة وبقوله مقسوم عن المشاع وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه تجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم لانها عقد تمليك والمحل قابل له فأشبهت البيع وكونه تبرعا لا ينافى الملك فى الشيوع كالقرض والوصية وتسليمه ممكن بالتخلية أو بتسليم الكل اليه كالمشاع الذى لا يحتمل القسمة ولنا أن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة ولان القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط وجوده على أكمل الوجوه كما فى استقبال القبلة لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع انه من البيت بالسنة ولان القبض ثبت مطلقا والمطلق يتناول الكامل والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض فى المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن كون الشئ فى حيز القابض والمشاع ليس فى حيزه من كل وجه لانه فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه وتمامها لا يحصل الا بالقسمة لان الانصباء بها تميز وتجتمع وما لم يجتمع لا يصير محرزا أو يكون احرازا ناقصا فلا ينهض لافادة الملك ولانا شرطنا أصل القبض فى الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع لا حتمال هلاكه قبل القبض أو كيلا يلزمه المطالبة بالتسليم وهذا المعنى هنا لانه لو صح لوجب عليه أجرة القسمة والمطالبة بالقسمة فيصير عقد

الملك بالتخلية وأجمعوا على أن هبة الشائع الذى لا يحتمل القسمة تفيد الملك بالتخلية وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى فى دار غير مقسوم فسلمه اليه أو سلم اليه جميع الدار لم يجز وكذا ان وهب له نصيبا فى بيت كبير لم يجز لان البيت يقسم وكل شئ يقسم لا يجوز وهذا عندنا خلافا للشافعى ونعنى بقوله انه يقسم أنه يبقى منتفعا به انتفاع البيت بعد القسمة أما اذا لم يبق منتفعا به ذلك النوع من الانتفاع مثل الحمام الصغير اذا قسم والبيت الصغير فانه تجوز هبته قبل القسمة اتفاقا وقال شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده فى مبسوطه قال علماؤنا اذا وهب مشاعا يحتمل القسمة لا يجوز سواء وهب من الاجنبى أو من شريكه وقال الشافعى يجوز من الاجنبى ومن الشريك وقال ابن أبى ليلى ان وهب من الاجنبى لم يجز وان وهب من الشريك جاز وأجمعوا على أنه اذا وهب ما لا يحتمل القسمة فانه يجوز ولا يريدون بقولهم لا يحتمل القسمة انه لا يحتمل التجزى فى نفسه لانه ما من شئ فى الدنيا الا ويحتمل التجزى فى نفسه وانما يريدون بقولهم لا يحتمل القسمة أن المنفعة تفوت أصلا بالقسمة والتجزى كما فى العبد متى قسم وجزئ تفوت المنفعة أصلا أو تفوت جنس المنفعة كما فى الحمام والبيت الصغير الى هنا لفظ خواهر زاده اهـ (قوله كالقرض والوصية) قال الاتقانى وكذلك قرض المشاع فى الذى يحتمل القسمة صحيح والقرض تبرع والتبرع لا يصح بدون القبض بيانه انه نص فى كتاب المضاربة فى رجل دفع الى رجل ألف درهم نصفه قرضا ونصفه مضاربة فانه يصح وكذلك لو أوصى بثلث داره شائعا يصح ويثبت الملك قبل القبض اهـ اتقانى (قوله لانه لو صح) أى هبة المشاع فيما يقسم وظاهره كما ترى يشعر بعدم الصحة وقد قدمت الشئ قريبا أن الاصح انها صحيحة غير تامة لا فاسدة كما قال به بعض مشايخنا والله أعلم

(قوله ليس بشرط لصحتها) أى بل تتم بالقبول بعد الموت قبل القبض اه اتقانى (قوله لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز) قال فى الهداية
قال ومن وهب شخصا مشاعا فالهبة فاسدة قال الاتقانى أى قال القدورى فى مختصره وتمامه فيه فان قسمه وسلمه جاز وأراد به الهبة فيما
يقسم لان هبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة (٩٤) ولهذا قال الكرخى رحمه الله وان وهب له مشاعا ثم قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى
الموهوب له جاز وكذلك اذا
وهب دارا فيها طعام للواهب
أو ثمرة معلقة فى نخل أو زرعا
فى أرض فاخرج الطعام من
الدار وجد الثمرة من النخل
وحصد الزرع ثم سلم ذلك
محوزا مفرزا جاز ذلك ينظر
فى ذلك الى حال القبض دون
حال العقد الى هنا لفظ
الكرخى وذلك أن هبة
المشاع انما فسدت أو لم تتم
على ما هو الصحيح لمعنى
الاشاعة فقد زال ذلك بعد
القسمة والتسليم والدليل
على ذلك حديث أبى بكر
رضى الله عنه أنه نحل عائشة
رضى الله عنها جداد عشرين
وسقا ونبين أنها لو حازته
وقبضته جاز فلولا أن العقد
فى المشاع وقع صحيحا لم تملكه
بالحيازة والقبض اه (قوله
لانها موجودة) فان قيل
ان استقام هذا فى الصوف
لا يستقيم فى اللبن لان وجوده
على خطر قد يكون الانتفاخ
بسبب الريح أو بسبب الدم
أو بسبب اللبن فقد وقع
الشك فى وجود اللبن وفى
وجود المالية ومع هذا
جازت الهبة استحسانا متى
أمره بالقبض فالجواب
عنه أن الانتفاخ للريح
محتمل واللبن محتمل فاستوى الوجود مع العدم ثم ترجح جانب الوجود لان امكان التصرف فى الحال فى وسعهما
بخلاف الولد فان الوجود والعدم استويا فى الولد ولم يترجح جانب الوجود لان التصرف غير ممكن واذا لم يترجح الوجود لم تثبت الحلية ولم
يكن ثابتا من الاصل بالشك اه اتقانى (قوله فى المتن وملك بلا قبض جديد لو فى يد الموهوب له) أقول محله ما اذا وجد القبول من

التبرع موجبا الضمان القسمة على المتبرع ولمطالبته بالقسمة وهو خلاف موضوع التبرع قال الله تعالى
ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما لا يقسم لانه لا يجب أجرة القسمة فيه ولا يتصور فيه الا بالقبض
الناقص فاكتفى به ولانا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب الهبة فيه وفيما يقسم لا ينسد ولا يقال
يستوجب المهايأة فيما لا يقسم وهو ايجاب على المتبرع فوجب أن يمتنع لانا نقول المهايأة قسمة المنافع
والتبرع وقع فى العين فيكون ايجابا فى غير ما تبرع به فلا يبالى وانما المحظور الايجاب فى عين ما تبرع به
والقبض فى الوصية ليس بشرط لصحتها وكذا فى البيع الصحيح وفى البيع الفاسد والسلم والصرف غير
منصوص عليه وقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد المراد به التعيين غير أن التعيين فى الثمنين يكون
بالقبض ولان القبض فيه شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة والبقاء أسهل من الابتداء ولان هذه عقود
معاوضة فلا يبالى بوجوب ضمان القسمة أو المطالبة والقرض تبرع ابتداء حتى لا يملكه الا من يملك
التبرع معاوضة انتهاء لانه يوجب رد المثل فلكونه تبرعا من وجه شرطنا القبض فيه ولكونه معاوضة
من وجه لم نشترط القسمة عملا بالدليلين أو الشبهين ولان القبض فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه
الكمال ولو وهب جزأ شائعا من شريكه لم يجز أيضا لان القبض الكامل لا يتصور فيه وهو علة لثبوت الملك
فيه والحكم بدون علته لا يوجد ولان العلة يراعى وجودها لا غير فيدور الحكم وهو الفساد على نفس
الشيوع قال رحمه الله (فان قسمه وسلمه صح) أى لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز لان تمام الهبة
بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ
فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوى وقاضيخان وروى عن ابن رستم مثله وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه
أخذ بعض المشايخ قال رحمه الله (وان وهب دقيقا فى بر لا وان طحن وسلم) أى لو وهب الدقيق فى
الحنطة لا تجوز الهبة ولو طحنه وسلم الدقيق لا تعود صحيحة (وكذا الدهن فى السمسم والسمن فى اللبن) لان
الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب ملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تمليكه بالعقد فوقع
باطلا فلا يملك الا بعقد جديد وهذا لان الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة
هو عين أخرى على ما عرف فى الغصب بخلاف المشاع لانه محل للملك الا أنه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع
جاز وانما جازت الوصية بها لان الوصية بالمعدوم جائزة واللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع
والنخل فى الارض والتمر فى النخيل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الى
امتناع القبض كالشائع فاذا فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما فى هبة الدين بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه
بعد الولادة حيث لا يجوز لان فى وجوده احتمالا فصار كالمعدوم والدار التى فيها المتاع والجوالق الذى
فيه الدقيق كالمشاع لان الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح ويعتبر الاذن بالقبض
بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله ولو وهب المتاع الذى فى الدار وسلمها معه أو
الدقيق فى الجوالق وسلم الدقيق مع الجوالق جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب
وذلك لا يوجب يدا للواهب على الموهوب غاية ما فى الباب أن يد الواهب قائمة فى الظرف وهو آلة للحفظ
فيكون تبعا فثبوت اليد فى التبع لا يوجب قيامه فى الاصل ونظيره ما لو وهب الجارية وعليها حلى دونه
صح وبالعكس لا يصح الا اذا نزعه وسلمه لانه مشغول لان الجارية هى المستعملة له فكان تبعا كالجوالق
قال رحمه الله (وملك بلا قبض جديد لو فى يد الموهوب له) يعنى لو كانت العين الموهوبة فى يد الموهوب له
ملكها

ملكها الموهوب له بمجرد العقد وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في يده أمانة أو مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل فيه أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى فلا ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب في يده مضمونا كالمغصوب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه لان المقبوض في يده حقيقة وحكما فبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان في يده عارية أو اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه وأما اذا كانت في يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه نائب عنه في الحفظ وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة بل ينبغي أن يكون هذا كما لو وهبه وهو في يد الواهب لكن للمودع يد حقيقة فباعتبارها نزل قابضا الا أنا أقمنا يده مقام يد المالك حكما ما دام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة قال رحمه الله (وهبة الاب لطفله تتم بالعقد) لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان في يده أو في يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب أو في يد المرتهن أو في يد المستأجر

الموهوب له كما ذكره الكرخي في مختصره والامام محمد رحمه الله في الاصل وعليك بمراجعة الحاشية التي أولها قال الشيخ أبو الحسن فانك تظفر بالمقصود وتغنم بفوائده والله الموفق اهـ وهي هذه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا وهب له وديعة في يده أو عارية أو ما هو أمانة في يده وقبل ذلك ملك الهبة وصح قبضه بهذا الكون الذي في يده بعد العقد عليها وكذلك ان كانت مضمونة بيده بقيمتها أو بمثلها كان كذلك أيضا وان كانت مضمونة بغيرها مثل الرهن يكون مضمونا بالدين أو المبيع يكون مضمونا بالثمن فيهب المالك ذلك لمن هو في يده فانه لا يكون قابضا بكون ذلك في يده الا أن يقبضه قبضا بعد عقد الهبة الى هنا لفظ الكرخي والاصل في ذلك أن العين الموهوبة اذا كانت في يد الموهوب له أمانة كالوديعة والعارية ملكها بعقد الهبة من غير تجديد قبض استحسانا والقياس أن لا يكون قابضا حتى يخلي بين نفسه وبينها وجه القياس أن يد المودع يد المودع فكأنه وهب له ما في يده فلا بد فيه من قبض ووجه الاستحسان أن الهبة تقف صحتها على مجرد القبض فلا يلتفت الى قبض بصفة ومجرد القبض موجود عقيب العقد فصحت الهبة ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هي في يده لان البيع يقتضي قبضا مضمونا وقبض المودع عقيب العقد قبض أمانة فلا بد من تجديد قبض آخر وذلك لا يكون الا بالتخلية بينه وبين الوديعة وأما اذا كانت العين في يد الموهوب له مضمونة فهو على وجهين ان كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم فانه يملكه بالعقد ولا يحتاج الى تجديد قبض وذلك لان القبض الذي تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة وهو الضمان وذلك الضمان تصح البراءة منه ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط فصارت الهبة براءة من الضمان فبقي قبض من غير ضمان فتصح الهبة وان كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن (٩٥) المضمون بالدين فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة وهو أن يرجع الى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها وذلك لان العين وان كانت في يده مضمونة الا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض آخر كذا في شرح الاقطع وقال محمد في الاصل أرأيت رجلا استودع أخاه عبدا أو ثوبا أو متاعا أو دارا أو دابة ثم قال صاحب المتاع والدابة والعبد قد وهبت لك الذي استودعتك وهو في يد المودع أيجوز ذلك قال نعم اذا قبلت قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه قد شرط القبول ههنا وذكر فيما اذا وهب عبد الابنه ثم قبضه في المجلس أو بعد المجلس وكان أمره بالقبض نصا أنه يصح ولم يشترط القبول في ذلك وانما كان كذلك لان في تلك المسئلة العبد ليس في يد الموهوب له حالة الهبة واذا لم يكن العبد في يد الموهوب له كان الموهوب له محتاجا الى احداث قبض حتى يملك الهبة فتى أقدم على القبض كان ذلك إقداما على القبول ورضا منه بوقوع الملك له فملكه وان لم يوجد القبول منه نصا بعد ايجاب الواهب يقع الملك في الهبة بغير رضاه لانه لا حاجة الى القبض ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه لما فيه من توهم الضرر وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده أيضا في مبسوطه قال وان كان الموهوب له ساكنا في دار باجر أو عارية قال نعم هذا جائز لان قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة فلان ينوب قبض الاجارة وفي قبض الاجارة زيادة ضمان ليس في قبض الوديعة أولى اهـ اتقاني (قوله لان المقبوض) كذا هو بخط الشارح والاولى أن يقال لان الموهوب اهـ (قوله أو في يد المرتهن) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه من ابنه الصغير لم يجز لان القبض شرط لتمام الهبة وقد فقد حقيقة وتقديرا لانا جعلنا يد الاب فيما يهبه لابنه الصغير بمنزلة يد الابن اذا كانت قائمة وههنا اليد للمرتهن لا للراهن فتعذر جعلها للابن فانعدم قبضه الذي هو متمم للهبة فقلنا بالفساد وكذلك لو كان العبد الموهوب غصبا في يدي رجل أو مقبوضا لرجل بحكم شراء فاسد لانه يعدم اليد للواهب فتنعدم يد الصغير تقديرا اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الاب لابنه الصغير لا تحتاج الى قبض جديد أما هل تحتاج الى القبول

حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه وعامل لنفسه ولو وهب من ابنه الصغير دارا والاب ساكنها ومتاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها له لانها في يده وسكناه ومتاعه فيها لا ينافي يده بل يقررها فتكون هي في قبضه وهو الشرط ولو كان يسكنها غيره بأجر لا يجوز لما ذكرنا وان كان بغير أجر جازت الهبة وملكها الابن بمجرد العقد ذكره محمد في المنتقى وكذا لو وهبته أمه وهو في يدها والاب ميت وليس له وصي وكذا كل من يعوله لان التصرف نفع محض ولمن في يده ضرب ولاية حتى كان له تأديبه وتسليمه في صناعة فملك التصرف النافع فينفرد بتمليكه ويملكه الصغير بمجرد الهبة اذا كان في يد الواهب كما في الاب والصدقة في هذا كله كالهبة قال رحمه الله (وان وهب له أجنبي يتم بقبض وليه) لان للولي ولاية التصرف في ماله وقبض الهبة من التصرف في المال ولا يشترط أن يكون الصبي في حجره لثبوت ولايته عليه مطلقا لان المراد بالولي هو الاب ووصيه والجد ووصيه بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض الا اذا كان في حجره وليس له أب على ما نبين قال رحمه الله (وأمه وأجنبي لو في حجرهما) أي تتم بقبض أمه وبقبض أجنبي اذا كان في حجرهما لما ذكرنا أن لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من أوفر المنافع فكان لهم ذلك لثبوت يدهم عليه حتى لا يكون لغيرهم أن ينزعه من أيديهم فكانوا أحق بحفظه وتحصيل المال له من ضرورات حفظه لانه لا يبقى عادة الا بقوت وملبوس فقاموا في هذا مقام الولي عند عدم الولي لكونه نفعا محضا قال رحمه الله (وبقبضه إن عقل) أي تتم بقبض الصبي نفسه ان كان مميزا يعقل التحصيل لانه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره ألحق بالبالغ العاقل استحسانا والقياس أن لا يجوز لانه لا معتبر بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبي اذا كان في عياله ولو اعتبر بعقله وجعل له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولا كان له حاجة اليه وجه الاستحسان أنه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لا يتم به نظره في عواقب أموره لعدم اعتدال عقله فاذا كان التصرف نافعا محضا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرا له لان الرد في الضار لاجله والتوقف في المتردد بين النفع والضرر لاجله حتى يجيزه الولي ان رأى فيه مصلحة فكذا وجب أن ينفذ تصرفه النافع نظرا له وجاز تصرف الولي أو الاجنبي عليه في هذه الحالة نظرا له أيضا حتى ينفتح له سبب تحصيل النفع بطريقين وليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظرا له ثم يرد منه مثل هذا النفع المحض ولا من الفقه مع أنه من أهله بالتمييز والاختيار قال رحمه الله (ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف) لان الاب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب أيضا صح لان الولاية له وانما ملكه الزوج من جهته بتمليكه ولهذا ملكه والاب حاضر بخلاف الام والاجنبي حيث لا يملكانه الا بعد موته أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفهم كان للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع حضوره وتملكه هي أيضا ان كانت مميزة لما بينا واشترط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط أن تكون ممن يجامع مثلها في الصحيح قال رحمه الله (ولو وهب اثنان دارا لواحد صح) لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع قال رحمه الله (لا عكسه) أي لا يجوز عكسه وهو أن يهب واحد من اثنين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز ذلك لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأثير الشيوع في الرهن أقوى منه في الهبة حتى امتنع رهن المشاع فيما لا يقسم أيضا بخلاف الهبة ولان الشيوع لم يوجد الا من أحد الطرفين فلا يفسد اذ ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة فصارت كالمسئلة الاولى وله أنه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما جاز ولولا أنه تمليك لكل واحد منهما على حدة لما جاز فينصرف قبض كل واحد منهما الى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصا على ما ذكرنا في هبة نصيبه لشريكه أو معدوما اذ قبض الشائع لا يتصور فلا يجوز ولا يعتبر جانب التسليم لان القبض الناقص هو المانع على ما ينادون

قال الشافعي والقاضي الحنبلي لابد أن (٩٦) يقول بعد قوله وهبته له قبلته وظاهر مذهب أحمد لا يحتاج اليه هذا كقولنا وقال مالك لو وهبه ما لا يعرف بعينه كالاثمان لم تتم الا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليه وعند القاضي لا فرق بين الاثمان وغيرها قاله الكاكي اهـ وفي المبسوط وهب لابنه شيأ معلوما في يده جاز ذلك وقبض الاب يكفي بلا قبول الاب والشهادة عليه للاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته أو بعد ادراكه وفي الذخيرة تصح الهبة من غير قبول الاب اذ كل عقد يتولاه الواحد يكفي فيه الايجاب كبيع الاب ماله لابنه الصغير اهـ وكتب ما نصه في الذخيرة أرسل غلامه في حاجة ثم بعد الارسال وهبه من ولده صحت اذ بعد الارسال هو في يد مولاه حكما فلو لم يرجع العبد حتى مات الاب فالعبد للولد ولا يصير ميراثا وكذا لو وهب عبدا آبقا له من ابنه الصغير فما دام مترددا الى دار الاسلام تجوز الهبة والاب قابض له بنفس الهبة اهـ (قوله وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها) فيه تنبيه على أنه لا يحتاج الى القبول اهـ ﴿فرع﴾ قال في فتاوى القاضي ظهير الدين ولو اتخذ لولده الصغير ثيابا ثم أراد أن يدفع الى ولد آخر ليس له ذلك الا أن يبين وقت الاتخاذ أنه عارية له لان المعتبر في الباب التعارف وفي التعارف يراد بهذا البر والصلة

التسليم بخلاف الرهن لان حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع فيه ألا ترى
أنه لو قضى دين أحدهما بقى كله في يد الآخر ولا كذلك الهبة لانه لم يحصل له الملك الا في النصف فكان
شائعا ضرورة وقولهما ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة قلنا نقصان القبض أيضا مانع فلا تكون العلة
منحصرة به فلا يدل عدمها على عدم الحكم على ما عرف في موضعه ألا ترى أن رجلين لو وهبا لرجلين
على أن نصيب أحدهما لاحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر لا يجوز بالاجماع وليس على الواهبين
مؤنة القسمة ولا يلزمه جواز اجارة الدار من رجلين لان المانع فيها عدم التمكن من الانتفاع بالرد الى
صاحبها في مدة الاجارة بحكم المهايأة ولم يوجد هذا المعنى اذا آجرها من رجلين ألا ترى أنه يجوز أن يؤجرها
من شريكه لعدم هذا المعنى ولا تجوز الهبة من شريكه لما ذكرنا قال رحمه الله (وصح تصدق عشرة
وهبتها لفقيرين لا لغنيين) أي لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين أو وهبها لهما جاز ولا يجوز التصدق بها
على غنيين ولا هبتها لهما وهذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر حيث جعل
الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة والاتصال بينهما أن كل واحد منهما تمليك بلا عوض
فجازت الاستعارة وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لهما
والفرق أن الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فتكون تمليكا
من اثنين فلا يجوز ولهذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى وهو معلوم
ولو أوصى به لأغنياء غير معينين لا يجوز وفي الاصل سوى بينهما فقال عقيب ذكر الهبة وكذلك الصدقة
لان كل واحد منهما يتوقف على القبض والشيوع يمنع القبض فوجب أن يمنع في البابين اذ لا فرق بينهما
فكان في المسئلة روايتان وقال الحاكم يحتمل أن يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة الصدقة على
الغنيين فيكون مجازا عن الهبة على ما بينا فعلى هذا ليس في المسئلة اختلاف الروايتين وقال في النهاية
والظاهر أن في المسئلة روايتين وهذا كله على قول أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فالهبة من شخصين
جائزة على ما بينا فالصدقة أولى فلا يتأتى الفرق بينهما وقد ذكرنا الوجه من الجانبين فلا نعيده ولو وهب
رجل لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر الثلث لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وان قبضه وقال
محمد يجوز اذا قبضه فأبو حنيفة ومحمد مر كل واحد منهما على أصله لان هذا هبة من رجلين فلا فرق بين
أن ينص على نصيب كل واحد منهما أو لم ينص وأبو يوسف فرق بينهما فقال النص على البعض الشائع
يدل على أن قصده ثبوت الملك في البعض الشائع فلا يجوز ألا ترى أنه لو رهن عبدا عند اثنين ونص لكل
واحد منهما على البعض لا يجوز الرهن فكذا الهبة ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه فكذلك
عندهما لما بينا وعن أبي يوسف روايتان في رواية لا يجوز لما ذكرنا وفي رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه
مطلق العقد لان مطلقه يقتضي التنصيف فأمكن تصحيحه بأن يجعل مجازا عن الموجب فيجعل مجازا عن
موجب العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا نص على التفاوت لان مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله
مجازا عن موجبه فيقتضي شيوعا في العقد ضرورة وقيل انما جوز أبو يوسف رحمه الله فيما اذا أجمل
الهبة لهما أولا ثم فصل على التنصيف بأن قال وهبت لكما هذه الدار نصفها لهذا ونصفها لهذا لان
التفصيل لم يخالف موجب الاجمال فيكون لغوا وأما اذا فصل ابتداء من غير اجمال بأن قال وهبت نصف
هذه الدار لهذا والنصف الآخر لهذا لا يجوز لانه هبة المشاع وفيما اذا جعل نصيبهما متفاوتا لا يجوز مطلقا
لان تفصيله يكون مغيرا ان تقدم الاجمال فيعتبر فيكون مبطلا للهبة وان لم يتقدمه اجمال يكون هبة
المشاع ابتداء فيبطل وهذا التفصيل هو الارجح والاظهر عن أبي يوسف رحمه الله والله أعلم بالصواب

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

قال رحمه الله (صح الرجوع فيها) يعني اذا وهب لشخص هبة وقبضها وليس فيه ما يمنع الرجوع من زيادة

(قوله ولا يلزمه جواز اجارة) الذي بخط الشارح ولا يلزمه جواز اجارة (قوله ولو قال) أي في الهبة اهـ (قوله وفيما اذا جعل نصيبهما متفاوتا) أي كالثلث والثلثين

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

قدمنا في أول كتاب الهبة أن حكم الهبة وقوع الملك للموهوب له ملكا غير لازم وفائدته صحة الرجوع وهذا باب موانع الرجوع وما يمنع منها اهـ اتقاني (قوله وليس فيه ما يمنع الرجوع من زيادة) أي زيادة متصلة لا منفصلة اهـ

وموت أحدهما وعوض وخروج من الملك وزوجية وقرابة محرّمة للنكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع في الهبة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الرجوع فيها الا في الولد لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولانه عقد تمليك فوجب أن يلزم كالبيع ولان الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد لا يقتضى ضدّه وانما ثبت جواز الرجوع في الولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه أو بعضه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي لم يعوّض والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله واضافتها اليه باعتبار ما كان كما يقال أكلنا خبز فلان وان كان الآكل قد اشتراه ولان المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال الايادي قروض وتأيد ذلك أيضا بالشرع قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتفاعل يقتضى الفعل من الجانبين فكان له الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع والمراد بما روى عدم الانفراد بالرجوع الا الوالد فانه ينفرد به فيكون له أخذه من غير رضا ولا قضاء عند الحاجة اليه كما في سائر أمواله على ما قال عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم فكلوه هنيأ رواه أحمد وأبو داود على أنا لا نسلم أن الحديث الذى رواه ينافى الرجوع لانه خبر عن قبحه فمعناه أنه لا يليق له أن يرجع فيه الا الوالد فيما يهب لولده ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام المؤمن لا يكذب وقوله عليه الصلاة والسلام الزانى لا يزنى وهو مؤمن أي لا يليق له أن يكذب أو يزنى وهو مؤمن لا أنه ينافى صفة الايمان ان فعله بل هو قبيح ومع الايمان أقبح فكذا هذا قبيح كما قال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وقال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالكلب يقىء ثم يعود وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة وانما يوصف بالقبح قال رحمه الله (ومنع الرجوع دمع خزقه) يعنى الموانع للرجوع في الهبة أشياء يجمعها هذه الحروف على ما بينها أخذها هو من بيت شعر قيل فيه وهو قوله

ومانع عن الرجوع في الهبه * ياصاحبى حروف دمع خزقه

قال رحمه الله (فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن) لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر ليرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع أصلا وبطل حق الواهب لان له حق التملك في الاصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكان مراعاته أولى عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب الضمان عليه أيضا لان حق التملك لا يجوز أخذ العوض عنه فبطل أصلا أطلق البناء والغرس ومراده اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا ينقطع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعدّ مثله زيادة فيها كلها امتنع في تلك القطعة دون غيرها وقوله المتصلة يحترز من المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل بخلاف الردّ بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد لانه عقد معاوضة فلو ردّ الاصل دون الزيادة يؤدّى الى الربا لسلامة الولد له مجانا وردّ الولد معها لا يمكن لان العقد لم يرد عليه فبطل أصلا ورجع بالنقصان وذكر في المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغنى ولدها فلو حبلت ولم تلد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان والمراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشئ يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور في المختصر وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين فلا يتضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له وهو المانع وكذا اذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل ذكر في المنتقى أنه عند أبى

(قوله جاز الرجوع في الهبة) وقد اتفقوا أنه اذا وهب لذى رحمه أو للفقير ليس له حق الرجوع كذا في الطريقة البرهانية اه اتقانى (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها) فيه نظر لانه من كلام على لا من كلام النبى صلى الله عليه وسلم وقد مرّ ذكره اه اتقانى (قوله في المتن ومنع الرجوع دمع خزقه) قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه الموانع من الرجوع تسعة القرابة المحرمة للنكاح والزوجية وقت العقد والزيادة المتصلة وموت الواهب وموت الموهوب له وهلاك الشئ الموهوب وخروجه من ملك الموهوب له وحصول العوض والتغير من جنس الى جنس اه اتقانى قوله والتغير من جنس الى جنس قال الاتقانى وأما التغير من جنس الى جنس فمانع من الرجوع أيضا لان هذا التغير يمنع حقيقة الملك اذا وجد من الغاصب فلأن يقطع حق التملك بالطريق الاولى اه (قوله والخياطة والصبغ ونحو ذلك) وان قطعه ولم يخطه كان له أن يرجع فيه لان القطع يوجب نقصانا في الثوب والنقصان لا يمنع الرجوع وقال أيضا في الكافى رجل وهب لرجل أرضا فبنى الموهوب له فيها بناء ثم أراد الواهب الرجوع فخاصمه الى القاضى فقال له القاضى ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى يريد به أن قول القاضى لم يقع قضاء حتى لا ينقض وانما وقع فتوى بناء على مانع فاذا زال المانع تغير الحكم اه اتقانى

(قوله ويروى الخلاف بالعكس) قال فى الملتقطات رجل وهب لانسان جارية فعلمها الموهوب له القرآن أو الكتابة أو المشط ليس للواهب أن يرجع فيها وهو المختار لانها ازدادت اهـ (قوله ولو اختلفا فى الزيادة) أى فى زيادة غير حاصلة بصنع العبد كالسمن أما لو اختلفا فى البناء فالقول للموهوب له اتفاقا اهـ كذا فى شرح المجمع اهـ (قوله لانه ينكر لزوم العقد) وعند زفر القول للموهوب له لانه ينكر حق الواهب فى الرجوع اهـ كاكى رحمه الله ولو قال الموهوب له بنيت أو صبغت الثوب وأنكر الواهب فالقول للموهوب له اتفاقا اهـ من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله ولهذا يجوز الخ) سيأتى هذا الفرع (٩٩) أيضا فى الصفحة الآتية من الشرح اهـ

أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ينقطع الرجوع وعند أبى يوسف رحمه الله لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل فى العين فصار كزيادة السعر ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له فى الكراء ومؤنة النقل فبطل بخلاف نفقة العبد لانه ببدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل ولو وهب عبدا كافرا فأسلم فى يد الموهوب له أو عبدا حلال الدم فعفا ولى الجناية فى يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القرآن أو الكتابة أو الصنعة لم يمنع الرجوع لان هذه ليست بزيادة فى العين فاشبهت الزيادة فى السعر وفيه خلاف زفر رحمه الله ويروى الخلاف بالعكس ولو وهب وصيفا صغيرا فشب عند الموهوب له وشاخ حتى صارت قيمته أقل من قيمته وقت الهبة ليس له أن يرجع فيه لانه حين شب وازدادت قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك بالنقصان ولو اختلفا فى الزيادة كان القول للواهب لانه ينكر لزوم العقد قال رحمه الله (والميم موت أحد المتعاقدين) لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم فى حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يكون له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل خياره لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط على ما بيناه فى البيوع أو هو مجرد حق وهو أيضا لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف فى موضعه ولان الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب قال رحمه الله (والعين العوض فان قال خذه عوض هبتك أو بدلها أو بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لما روينا ولان ثبوت الرجوع فى الهبة لخلل فى مقصوده وقد زال الخلل فصار كما اذا وجد المشترى عيبا فى المبيع ثم زال ولا بد من ذكر الموهوب له أن المدفوع عوض عن الهبة بأن يقول خذه بدلا عنها أو بمقابلتها أو جزاءها أو ثوابها أو نحو ذلك مما ينبئ أنه عوض عنها لان حق الرجوع ثابت له ولا يسقط الا بعوض يرضى به ولا يتم ذلك بدون رضاه ويشترط فى العوض شرائط الهبة من القبض والافراز لانه ليس بعوض حقيقة وانما هو تمليك مبتدأ ولهذا يجوز بأقل من الموهوب من جنسه فى المقدرات وشرط العوض أن لا يكون بعض الموهوب حتى لو عوضه ببعض الموهوب عن البعض الباقى لم يجز لان حقه كان ثابتا فى الكل فاذا وصل اليه بعضه لا يسقط حقه فى الباقى وفيه خلاف زفر هو يقول ان الموهوب له ملك بالقبض فالتحق بسائر أملاكه وجوابه ما قلنا ولو وهب للواهب شيأ ولم يذكر أنه عوض عنها كان هبة مبتدأة فلكل واحد منهما أن يرجع فى هبته قال رحمه الله (وصح من أجنبى) أى يجوز العوض من الاجنبى لان الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شئ لم يكن سالما له من قبل فيصح من الاجنبى كما يصح منه كالخلع والصلح عن دم العمد بخلاف ما اذا كان فيه دخول ملك حيث لا يجوز من الاجنبى على ما بيناه فى الصلح ثم الاجنبى هنا لا يرجع على الموهوب له وان كان بأمره لانه لم يؤد عنه شيأ واجبا عليه لان العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء الدين حيث يرجع الاجنبى على المدين اذا قضى بأمره لان الدين ثابت فى ذمته

(قوله وجوابه ما قلنا) أى وهو أن المقصود لا يحصل بهذا للواهب لانا نعلم يقينا أنه بهبته ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لان ذلك كان سالما له فعلم أنه قصد العوض الآخر اهـ من خط قارئ الهداية (قوله ثم الاجنبى هنا لا يرجع على الموهوب له) أى الا أن يضمن له الموهوب له صريحا اهـ (قوله وان كان بأمره) قال شمس الائمة البيهقى فى الكفاية ولا يرجع على الموهوب له الا اذا قال عوض عنى على أنى ضامن اهـ اتقانى (قوله لا يرجع على الموهوب له الخ) لانه مخير بين أن يعوضه وبين أن يرد الهبة عليه فصار كما لو أمره بالتبرع على انسان فتبرع لم يكن له حق الرجوع عليه كذلك ههنا اهـ اتقانى (قوله بخلاف قضاء الدين) قال الاتقانى رحمه الله بخلاف ما اذا أمره بقضاء الدين لان قضاء الدين واجب عليه فاذا خلصه عن هذه العهدة بأمره ثبت له حق الرجوع والفقه فيه أنه لما أمره بقضاء الدين صار مستقرضا ذلك القدر وموكلا اياه بالصرف الى غيره لانا لو لم نجعله كذلك لم تتصور فراغ ذمته عما عليه لان الذمة لا تفرغ الا بالقضاء ولا يقع الفعل قضاء الا اذا انتقل فى المؤدى الى من عليه الدين أولا حتى اذا قبض رب الدين وجب للمدين عليه مثل ما له عليه فيلتقيان قصاصا وهذا لا يحتاج اليه فى الهبة لانه لا دين على الموهوب له حتى يحتاج الى فراغ ذمته بتقدير الاستقراض فافترقا من هذا الوجه اهـ ﴿فرع﴾ اعلم أن الاستحقاق إما أن وقع على الهبة أو على العوض وكل وجه على وجهين إما أن وقع على الجميع أو على النصف فان استحق جميع العوض كان للواهب أن يرجع فيما وهب لان الهبة ثبتت بلا عوض فصار

وقد أمره أن يسقط مطالبته عنه فيكون آمرا بأن يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كما لو أمره أن
يملكه عينا قال رحمه الله (وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه لم يدفع اليه الا ليسلم له
الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات قال رحمه الله (وبعكسه لا حتى
يردّ ما بقي) أي اذا استحق بعكسه وهو ما اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشيء حتى يردّ ما بقي من
العوض وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع
الموهوب له بنصف العوض عند استحقاق نصف الهبة فكذا يرجع الواهب أيضا بنصف الهبة عند
استحقاق نصف العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو يقتضي المساواة ولنا أن العوض ليس ببدل عنه
حقيقة بدليل أنه يجوز أن يعوضه أقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربا لتحققه
أن الموهوب له مالك للهبة والانسان لا يعطي بدل ملكه لغيره وانما أعطاه ليسقط حقه في الرجوع وما بقي
يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه في الرجوع الا أنه لم يرض
بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضي بما بقي من العوض
وان شاء ردّ الباقي عليه ورجع في الهبة كأنه أعطاه هذا القدر في هذه الحالة ولان للعوض شبهين
شبه ابتداء الهبة من حيث ان الموهوب له متبرع فيه باختياره وشبه المبادلة من حيث انه ملكه
بمقابلة الهبة فوفرنا عليه حظه منهما فجعلناه كالمعاوضات عند استحقاق كله حتى يرجع بالهبة أو
بعضه حتى يثبت له الخيار وجعلناه كالهبة حتى لا يرجع بالبعض من غير ردّ الباقي عند استحقاق بعضه
قال رحمه الله (ولو عوّض النصف رجع بما لم يعوّض) يعني اذا عوضه عن نصف الموهوب كان له أن
يرجع في النصف الآخر لان حقه في الرجوع كان في الكل فاذا عوضه عن بعضه امتنع الرجوع في
حقه وبقي حقه في الباقي على ما كان قال رحمه الله (والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) لان
الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته ولان تبدل
الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها ولو وهب لمكاتب غيره هبة ثم عجز المكاتب لم يرجع
الواهب فيها عند محمد رحمه الله لان هذه هبة للمكاتب حقيقة ولهذا كان القبول اليه وثبت له الملك فيها
فيتصرف فيها تصرف الملاك وبالعجز انتقلت الى مولاه فصار كانتقالها الى أجنبي فبطل حق الرجوع
وعند أبي يوسف رحمه الله له أن يرجع فيها لان الهبة وقعت للمكاتب من وجه ولمولاه من وجه فبالعتق
تصير ملكا له من كل وجه وبالعجز تصير ملكا للمولى من كل وجه ثم اذا عتق كان له أن يرجع
فيها فكذا اذا عجز وكان اعتبار هذا الجانب أولى في المسئلتين من اعتبار الجانب الآخر كيلا يلزم بالشك
قال رحمه الله (وبيع نصفها رجع في النصف كعدم بيع شيء) يعني اذا بيع نصف الهبة يرجع
في النصف الباقي كما لو لم يبع منها شيء فانه اذا لم يبع منها شيء كان له أن يرجع في النصف ويترك النصف
لان له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه ان شاء وان شاء استوفى في نصفه وكذا له أن يترك الكل
ان شاء وان شاء ترك النصف فكذا اذا بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقي لان المانع لم يوجد الا في
النصف فيتقدر الامتناع بقدره بل أولى لانه لما جاز الرجوع في النصف مع امكان الرجوع في الكل
فأولى أن يجوز عند العجز قال رحمه الله (والزاي الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا) أي

كان لم يكن عوضه أصلا وان استحق جميع الهبة كان للموهوب له أن يرجع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض
وهو تأكد ملكه في الهبة هذا اذا كان بدل المستحق قائما فأما اذا كان هالكا يفترق الجواب بين استحقاق العوض والهبة فان استحق
العوض والهبة هالكة لا يرجع الموهوب له أصلا لان هلاك الهبة مانع من الرجوع وان استحق الهبة والعوض هالك
يرجع على الواهب بقيمة العوض ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهبة لانه قال حين عوضه هذا عوض هبتك أو بدل هبتك فصار كالواهب اذا نص على العوض حالة الهبة الى هذا أشار شيخ الاسلام خواهر زاده وفي تقريره بسط فأما اذا استحق النصف من أحدهما فان استحق نصف الهبة كان للموهوب له أن يرجع على الواهب بنصف العوض لانه لم يسلم له مقصوده من العوض في هذا القدر وهذا باتفاق أصحابنا فأما اذا استحق نصف العوض من يد الواهب ففيه اختلاف قال علماؤنا الثلاثة الواهب بالخيار ان شاء ردّ ما بقي من العوض ورجع بجميع الهبة وان شاء أمسك ما بقي ولم يكن له أن يرجع على الموهوب له بشيء وقال زفر يرجع على الموهوب له بنصف الهبة ويمسك ما بقي من العوض اه اتقاني وكتب ما نصه وفي الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا في العقد لانها تتم بيعا ومبادلة
فيوزع البدل على المبدل أما في مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلل وان كثرت لو
فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب ما يصلح علة اذا بقي ما يصلح علة وبخلاف ما اذا استحق بعض الهبة لان المعوّض ما ملكه العوض الاجزاء
فيعتبر حكم المقابلة في حقه أما الواهب فملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء فلم يعتبر معنى المقابلة وهذا جواب قياس زفر رحمه الله تعالى
اه كاكي (قوله الا أنه) أي الموهوب له اه

لو وهب لاجنبية ثم تزوجها يجوز له الرجوع في الهبة وبالعكس وهو ما اذا وهب لزوجته ثم أبانها ليس له الرجوع في الهبة الاصل فيه أن الزوجية نظير القرابة حتى يجرى التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتوادد دون العوض كما في القرابة المحرمية وقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود فيها العوض على ما بينا فكان له الرجوع عند فواته ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة فان كانت أجنبية كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزوج وان كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالابانة قال رحمه الله (والقاف القرابة فلو وهب لذى رحم محرم منه لا يرجع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع فيها سواء كان مسلما أو كافرا كالعتق بالملك ولو وهب لعبد أخيه أو لاخيه وهو عبد لاجنبي رجع فيهما عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع في الاولى وفي الثانية يرجع لان الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى وله أن الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد ألا ترى أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته فباعتبار أحد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم فيهما فلا يلزم بالشك ولان الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما ذكرنا من المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا تتعدى الى القاصرة ولو كانا جميعا ذوى رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي رحمه الله عن محمد رحمه الله أن قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن يرجع لانه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة وقال الهندواني ليس له أن يرجع في قولهم جميعا لان الهبة لايهما وقعت تمنع الرجوع ولو وهب لمكاتب وهو ذو رحم محرم منه فان عتق لا يرجع لان الملك استقر له فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وان عجز فعند محمد رحمه الله لا يرجع لان الكسب كان للمكاتب ثم انتقل الى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب الاجنبي وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع لانه بالعجز ظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة ولو كان المكاتب أجنبيا ومولاه قريب الواهب فان عتق المكاتب رجع لان الملك وقع للاجنبي وان عجز فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه على ما مر قال رحمه الله (والهاء الهلاك) يعني هلاك العين الموهوبة فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه قال رحمه الله (فلو ادعاه صدق) أي لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة يصدق لانه منكر لوجوب الرد عليه فأشبه المودع قال رحمه الله (وانما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لان ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه الا بالرضا أو بالقضاء ولانه مختلف فيه بين العلماء وفي أصله وهي وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء لانه يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو اظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من الفصل بالقضاء أو الرضا فما لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضي ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع لانه أوان القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه وان منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدي منه ثم اذا حصل الرجوع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الاصل وقال زفر رحمه الله الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب ولهذا الرد في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث ولنا أن عقد الهبة انعقد موجبا حق الفسخ للواهب وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لان العقد وقع غير لازم فاذا رفع رجع اليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة ولهذا لا يشترط

(قوله لو وهب لاجنبية ثم تزوجها الخ) قال في الهداية وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر قال الاتقاني أي لا رجوع فيما وهب أحدهما لصاحبه لما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم في كتاب الآثار قال الزوج والمرأة بمنزلة القرابة أيهما وهب لصاحبه فليس له أن يرجع فيه اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم اذا كانت الهبة الخ) رواه الحاكم والدارقطني اه (قوله كالعتق بالملك) يعني من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وان كان أحدهما كافرا بخلاف النفقة حيث لا تثبت لذى الرحم المحرم اذا كان كافرا (قوله في المتن وانما يصح الرجوع) لفظة الرجوع ليست في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله في المتن أو بحكم الحاكم) حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضا كان غاصبا فلو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له وقال الشافعي وأحمد يجوز الرجوع بغير قضاء أو رضا لانه خيار في فسخ عقد فلا يفتقر الى القضاء أو الرضا كالفسخ بخيار الشرط اه كاكي (قوله ولانه) أي الرجوع في الهبة اه (قوله مختلف فيه بين العلماء) أي عندنا يرجع وعند الشافعي لا يرجع اه (قوله وفي أصله وهي) هكذا هو بخط الشارح رحمه الله وكتب على قوله وفي أصله وهي ما نصه وهاء هكذا وقع استعمال الفقهاء ولكنه ليس بصحيح قال صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ والصواب الوهي والضمير في أصله للرجوع اه اتقاني

(قوله ويصح في الشائع) أي الذي يحتمل القسمة بأن وهب دارا أو نحوها ورجع في نصفها ولو كان الرجوع هبة مبتدأة كما قال زفر ينبغي أن لا يصح وحيث صح علم أنه فسخ كذا في المبسوط اهـ (قوله في المتن لم يرجع على الواهب بما ضمن) قال الاتقاني وهذا اذا لم يعوضه فاذا كان ثمة عوض رجع بكل العوض اذا استحق جميع الهبة وبقدر المستحق من الهبة اذا استحق البعض اهـ (قوله عملا بالشبهين) كالاقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمعنا بينهما وقد أمكن الجمع بينهما اهـ

(فصل) مسائل هذا الفصل (١٠٣) بمنزلة مسائل شتى تذكر في آخر الكتب فلاجل هذا ذكرها في آخر كتاب الهبة في فصل على حدة اهـ اتقاني (قوله ومن وهب أمة الخ صحت الهبة وبطل الاستثناء) قال الاتقاني والاصل فيه أن ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه وما لا فلا ثم الحمل لا يجوز هبته لاحتمال فيه فلم يجز استثناؤه وقد مر الاصل في أول كتاب البيوع عند قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة ومر في باب البيع الفاسد أيضا عند قوله ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع فاذا كان كذلك كان الاستثناء شرطا فاسدا فبطل الشرط وصحت الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل شرط العمر وجوز الهبة وانما لم تجز هبة ما في البطن لان محل الهبة مال قائم مملوك للواهب وقت العقد وفي قيام الولد وماليته شك وقت الهبة لاحتمال الانتفاخ من الريح واحتمال كون الجنين ميتا فوقع الشك في الوجود والمالية فلا يكون محلا للهبة بالشك بخلاف الوصية بما في البطن على أو الخلع عليه فانه يجوز اذا ولدت لاقل من ستة أشهر لان الوصية بالمعدوم من كل وجه جائزة كما اذا أوصى بما يثمر نخيله العام والخلع يجوز اضافته الى المعدوم كما اذا قالت خالعني على ما في يدي وليس في يدها شيء ويجوز اضافته الى ما ليس بمال أيضا كالميتة والخمر والخنزير الا أنه يقع مجانا واذا جاز اضافته الى المعدوم والى ما ليس بمال يتعين فكذا اذا وقع الشك في وجود المحل وماليته وقت العقد كالبيع ثم لما في البطن في العقد على ما قال في باب المصراة من شرح الطحاوي مراتب ثلاثة في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وفي وجه العقد جائز والاستثناء جائز أما الوجه الذي فيه العقد فاسد والاستثناء فاسد فهو البيع والاجارة والكتابة

فيه قبض الواهب ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه اليه لكن اذا لم يمكن سلمها فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ فاذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون ملكا مبتدأ ضرورة غير أنه اذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ولا كذلك المتعاقدان لانهما لا ولاية لهما الا على أنفسهما وانما اعتبر رده في المرض من الثلث لان حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر أن يبطله باختياره وان أبطله رد عليه كيفما كان استحسانا وفي القياس أن لا يرد ذكره ابن سماعة قال رحمه الله (فان تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لان الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرر بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما لوصف السلامة بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم له صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بما لحقه قال رحمه الله (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لانهما أتيا بمعنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه ابراء وبيع العبد من نفسه اعتاق وهبة المنفعة بالعوض اجارة والاعارة بعوض اجارة ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فتجري فيه أحكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فتجري فيه أحكام البيع كالهبة في المرض فان ظاهره تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من ابطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط فيه القبض ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ويوجب الملك عند القبض في الحال ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين لان الالفاظ لا يجوز الغاؤها مع امكان العمل بها وقد أمكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما لان حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار لاحدهما وفي البيع الفاسد فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تأخيره الى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل المستشهد بها فان العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين الغاء اللفظ والعمل بالمعنى ولو وهب الاب مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لانه تبرع ابتداء وهو لا يملك التبرع بماله وقال محمد رحمه الله يجوز لانه بيع انتهاء على ما بينا

(فصل) قال رحمه الله (ومن وهب أمة الا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو دارا

والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة وأما الوجه الذي يجوز فيه العقد ويبطل الاستثناء فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا تبطلها الشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل في العقد الام والولد جميعا وكذلك العتق اذا أعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء وأما الوجه الذي يجوز كلاهما فالوصية اذا أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية أخت الميراث وقد جعل الجارية وصية وما في بطنها ميراثا والميراث يجري فيما في البطن وليس هذا كما اذا أوصى لرجل بجارية واستثنى خدمتها أو غلتها للورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل لان الخدمة والغلة لا يجري فيهما الميراث دون الاصل ألا ترى أنه لو أوصى بخدمتها وغلتها لانسان ثم مات الموصى له بعدما صحت الوصية فانهما يعودان الى ورثة الموصى فلا تكون الخدمة والغلة موروثة عن الموصى له ولو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يكون موروثا عن الموصى له واذا أوصى برقبتها لانسان وبما في بطنها لآخر فمات الموصى له بالولد عاد الملك الى وارثه ولو أوصى برقبتها لانسان وبغلتها وخدمتها لآخر فمات الموصى له بالغلة عاد الملك الى صاحب الرقبة دون ورثة الموصى له بالغلة والخدمة وكذلك لو أن الموصى له بالغلة والخدمة مات قبل موت الموصى أو رد وصيته وقد أوصى الموصى برقبتها لآخر فان الغلة والخدمة تعود الى الموصى له بالرقبة ولا تكون لورثة الموصى له ومثله لو أن الموصى له بالولد مات قبل موت الموصى أو رد الوصية لم يعد (٣٠١) الى الموصى له بالرقبة ولكن يعود الى ورثة الموصى فلذلك افترقا فلو أوقع العقود على ما في البطن أما عقد البيع فلا يجوز وكذلك الكتابة عليه وان قبلت الام عنه وكذلك الهبة والصدقة لا تجوز وان سلم الام الى الموهوب له وان تزوج عليه فالتسمية باطلة ويجب مهر المثل ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فان الصلح يصح ويبطل القصاص والتسمية فاسدة ويكون للولي على القاتل الدية لان هذه العقود تصح على ما هو مال والولد ليس بمال ما دام في البطن ولو أنه أعتق ما في البطن فانه يصح اذا علم أنه كان موجودا في البطن وقت العتق وانما يعلم وجوده اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت العتق فان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لم يعتق لانه لم يعلم وجوده وقت العتق فلا يعتق بالشك الا اذا كانت الام في عدة زوج فانه يحكم بوجود الولد الى سنتين من وقت العلوق في حق ثبوت النسب فكذلك في حق العتاق وانما جاز عتق ما في البطن لان العتق ينافي الرق وما في البطن موقوف وكذلك الوصية بما في البطن تصح اذا علم وجوده في البطن وقت الوصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن كذلك الوصية ولو خالع امرأته على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع وللزوج الولد اذا كان موجودا في البطن وقت الخلع وان لم يكن موجودا كما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا فلا سبيل للزوج على ما في البطن ولكنه ينظر ان قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي ولم تقل من ولد فلا شئ له عليها ولو قالت من الولد فانه يرجع عليها بما ساق اليها من المهر لانها غرت الزوج حين قالت من ولد واذا لم تقل من ولد لم تغره وهذا كما قلنا في المرأة اذا قالت لزوجها اخلعني على ما في يدي أو على ما في صندوقي هذا من شئ أو لم تذكر شيئا فان كان فيه شئ فللزوج وان لم يكن فيه شئ فلا يرجع الزوج عليها بشئ لانها لم تغره حيث لم تسم له مالا فأما اذا قالت اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع فان كان فيه شئ من متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بما ساق اليها من المهر كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله كما اذا وهب أرضه وفيها ابنه) قال في النهاية وصار هذا كما لو وهب أرضا وفيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له تمت الهبة فهنا مثله اه (قوله فيه اشكال) قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت قلت لا اشكال لانه أراد لا فرق بين العبارتين في أن كل واحد منهما لا يفسد أي سواء عبر بهذا أو بهذا اه

على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط) لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل الشرط وهذه كلها شروط فاسدة أما في غير استثناء الحمل فظاهر وأما في استثناء الحمل فلان الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل الا فيما تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وانما هو وصف للجارية فكان تبعا لها فلا يصح استثناؤه على ما بينا في الاقرار فانقلب شرطا فاسدا وهو لا يؤثر في الهبة فيصح ويدخل الحمل تبعا لها وهذا هو الحكم في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحسي بل الشروط نفسها تبطل ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الام لان الجنين غير مملوك له واشتغال بطنها به لا يوجب الفساد كما اذا وهب أرضه وفيها ابنه بخلاف ما اذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لان ملكه فيه باق ولا يمكن ادخاله في الهبة لان المدبر لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة في الام بدونه لانها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر أو الجوالق بدون الدقيق من حيث ان كل واحد منها يمنع القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير وبخلاف الوصية حيث تجوز في الام دون الحمل وفي الحمل دون الام لان بابها أوسع على ما يتنافى البيوع وقوله على أن يعوضه شيأ منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من

العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها قال رحمه الله (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فهو لك أو أنت منه برىء أو ان أديت الى نصفه فلك نصفه أو أنت برىء من النصف الباقى فهو باطل) لان تمليك الدين فيه معنى الاسقاط والابراء منه اسقاط فيه معنى التمليك لان الدين مال من وجه بالنظر الى المال حتى تجب فيه الزكاة ويصح شراؤه به من المدين ووصف من وجه بالنظر الى الحال حتى لو حلف أنه لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث ومن وجه أنه مال كان تمليكا فيرتد بالرد ومن وجه أنه وصف كان اسقاطا فلا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فبطل بخلاف قوله أنت برىء من النصف على أن تؤدى الى النصف لانه تقييد وليس بتعليق على ما بينا فى الصلح قال رحمه الله (وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته بعد موته وهى أن يجعل داره له عمره فاذا مات ترد عليه لا الرقبى أى ان مت قبلك فهى لك) وهذا تفسير الرقبى أى يقول ذلك له لما روى عن زيد بن ثابت انه عليه الصلاة والسلام قال من أعمر عمرى فهى لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيأ فهو سبيل الميراث رواه أحمد وأبو داود والنسائى وفى لفظ جعل الرقبى للذى أرقبها رواه أحمد والنسائى ولان معنى العمرى هو التمليك فى الحال ويجعلها له مدة عمره ثم اذا مات ترجع اليه فصح التمليك وبطل الشرط لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة و يبطل الشرط ومعنى الرقبى أن يملكها له بعد موته فيكون تمليكا مضافا الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كأنه ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك فى الحال وقال أبو يوسف رحمه الله تصح الرقبى أيضا بناء على أنها تمليك للحال واشتراط للاسترداد بعد موته عنده كالعمرى كأن الواهب ينتظر موت الموهوب له وقد روى ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال العمرى جائزة لمن أعمرها والرقبى جائزة لمن أرقبها رواه أحمد والنسائى فحاصله أنه متى وجد التمليك فى الحال واشتراط الرد فى المآل يجوز بالاجماع لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا الى زمان فى المستقبل لا يجوز بالاجماع فكان الخلاف بينهم مبنيا على تفسير الرقبى فمن قال انه تمليك فى الحال أجازه ومن قال انه مضاف لم يجزه وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا تقدم فى نكاح الصابئات وفى فساد الصوم بالافطار فى الاحليل وفى وجوب الدم اذا غسل المحرم رأسه بالخطمى وبلبس الثوب المصبوغ بعصفر فاذا لم يكن بينهم خلاف فى الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين أمكن التوفيق بين الاخبار فما ورد من النهى عن الرقبى محمول على أن المراد به ابطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الاطلاق محمول على انه جائز والشرط باطل ومثله جاء النهى عن العمرى أيضا وهو ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيأ أو أرقبه فهو له حياته ومماته رواه أحمد والنسائى وقال عليه الصلاة والسلام العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها رواه أبو داود والترمذى والنسائى وفيهما أخبار كثيرة بعضها يمنعهما وبعضها يجيزهما وبالحمل على ما حملناه يحصل التوفيق فلا معارضة قال رحمه الله (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض ولا فى مشاع يحتمل القسمة) لانه تبرع كالهبة ويلزم فيها ما يلزم فى الهبة فامتنعت بدون القبض كالهبة قال رحمه الله (ولا رجوع فيها) أى فى الصدقة لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض قال فى النهاية لا رجوع فى الصدقة على الغنى كما لا رجوع فى الصدقة على الفقير ثم قال من أصحابنا من قال الصدقة على الغنى والهبة سواء لانه يقصد به العوض دون الثواب ألا ترى أنه فى حق الفقير جعلت الصدقة والهبة سواء فيما هو المقصود ثم له أن يرجع فى الهبة فكذا فى الصدقة ثم قال ولكنا نقول فى ذكر لفظة الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المتملك ثم التصدق على الغنى يكون قربة يستحق به الثواب وقد يكون مالك النصاب وله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب ألا ترى أنه عند اشتباه الحال يتأدى به الواجب الذى عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا

(قوله فهو تكرار محض) قال الرازى رحمه الله لا تكرار فيه لان الاول هبة بشرط الفسخ لان الرد دليل الرجوع والثانى هبة شىء بشرط أن يكون شىء منه عوضا عن نفسه اه (قوله فما ورد من النهى عن الرقبى الخ) الرقبى قد تكون من الارقاب وقد تكون من الترقيب فحيث قال أجاز الرقبى يعنى اذا كان من الارقاب بان يقول أرقبت دارى لك وحيث قال رد الرقبى يعنى اذا كان من الترقيب وهو أن يقول أراقب موتك وتراقب موتى فان مت أنا فهى لك وان مت أنت فهى لى فيكون هنا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذلك باطل ثم لما احتمل المعنيين جميعا والملك الذى الهبة فيها يقينا فلا نزيله بالشك وانما يكون قوله دارى لك تمليكا اذا لم يفسر هذه الاضافة بشىء أما اذا فسرها بقوله رقبى أو حبيس تبين أنه ليس بتمليك كما لو قال دارى لك سكنى يكون عارية وهذا لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير اه مبسوط السرخسى

قدم الهبة على الاجارة لانها تمليك العين والعين مقدم على المنفعة ولان فيها عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ووصله بفصل الصدقة لانهما يقعان لازمين اهـ اتقاني (قوله وانما هو استباحة المنافع الخ) قال الاتقاني وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله أو يقال عقد على منفعة معلومة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي التمليك على ضربين تمليك منفعة وتمليك عين وكل وجه على وجهين اما أن يكون ببدل أو بغير بدل فتمليك العين ببدل هو البيع وتمليك العين بغير بدل هي الهبة والصدقة والوصية وما أشبه ذلك وأما تمليك المنفعة ببدل فهي الاجارة وتمليك المنفعة بغير بدل هي العارية (قوله فانه خطأ وقبيح) أما خطؤه فانه من باب أفعل لا من باب فاعل وأما قبحه فانه يستعمل في موضع القبح اهـ (قوله وهي تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع) أي لان المنفعة لا تصلح محلا للاضافة لانها معدومة ليست في مقدور البشر اهـ بزدوي في الاستعارة وكتب ما نصه لو قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا بكذا لم يجز لان العقد يرد على العين ثم ينتقل الى المنفعة على حسب حدوثها شيئا فشيئا اهـ شرح مغني في باب حكم الواجب بالامر (قوله أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد) أي لا في حق الملك لان الملك يتأخر الى حدوث المنفعة فعلى حسب حدوث المنافع تنعقد ساعة فساعة وعند الشافعي حالة الانعقاد (قوله ولهذا لو أضاف العقد الى المنفعة لا يجوز) قال الولوالجي الاجارة اذا أضيفت الى منفعة الدار تصح فانه نص في هبة الشيخ الامام الاجل الزاهد خواهر زاده اذا قال وهبتك منفعة هذه الدار كل شهر بدرهم يكون اجارة فهذا أولى اهـ انظر الحاشية التي قبيل هذه بقوله نقلا عن شرح المغني اهـ وهذا الفرع ذكره الولوالجي في الفصل الاول من كتاب الاجارة اهـ

ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط وما ذكره من عدم جواز التصدق على غنيين ينافي هذا لانهم هنالك لم يعتبروا فيه وفي الهبة الا حال التملك حتى أجازوهما الفقيرين ومنعوهما الغنيين على الصحيح وهو المذكور في الجامع الصغير على ما بينا من قبل فقياسه أن يملك الرجوع في الصدقة على الغني ولا يملك الرجوع في الهبة على الفقير والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الاجارة﴾

قال رحمه الله (هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم) وقيل هي تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض هذا في الشرع وفي اللغة الاجارة فعالة من أجر يأجر من بابي طلب وضرب فهو آجر وذاك مأجور أي الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطي من كراء الاجير وقد أجره اذا أعطاه أجرته والاجر ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به يقال أجرك الله وأعظم الله أجرك وفي كتاب العين آجرت مملوكي أوجره ايجارا فهو مؤجر وفي الاساس آجرني داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤاجر فانه خطأ وقبيح قال وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل وهي جائزة باجماع الامة وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه الصلاة والسلام اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر النسخ لاسيما اذا قص الله علينا على وجه الانكار وقال عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وشرطها أن تكون الاجرة والمنفعة معلومتين لان جهالتهما تفضي الى المنازعة وركنها الايجاب والقبول وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة لان المعقود عليه وهي المنافع معدومة والقياس أن لا تجوز لما فيها من اضافة العقد الى ما سيوجد الا أنها أجيزت للضرورة لشدة الحاجة اليها وهي تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والعين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول فعمله يظهر في المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجودها وهذا كالمسلم فيه فان الذمة التي هي محل المسلم فيه أقيمت مقام المعقود عليه في حق جواز السلم وقال الشافعي رحمه الله تجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد لان العقد يستدعي محلا ينعقد فيه اذ الشرع حكم بالانعقاد وهو وصف العقد المنعقد فكان وجود المحل لينعقد العقد فيه وهذا لان العقد قد لزم واللزوم وصف يثبت بالعقد فكان وجود المحل لينعقد العقد فيه فأنزلنا المعدوم موجودا لذلك قلنا الارتباط الايجاب بالقبول صفة الكلامين والمحل يحتاج اليه للحكم وانما اشترط وجود المحل عند الارتباط لان الانعقاد لاجل الحكم فلا بد من تعيين المحل حتى يعمل العقد فيه فجعل الدار خلفا عن المنفعة في حق اضافة العقد اليها ثم بعد ذلك عمل هذا اللفظ يتراخى الى حين وجود المنفعة وحكم العقد وهو الملك قبل الفصل عن العقد كما في البيع بشرط الخيار وهذا أولى مما ذهب اليه الشافعي لانه تغيير أمر حكمي بدليل شرعي وما ذهب اليه قلب الحقائق لان المنافع معدومة حقيقة والمنفعة لا تتصور وجودها لحظة فلا يمكن جعلها موجودة حكما لان الشرع لا يرد بتقدير المستحيل ولهذا لو أضاف العقد الى المنفعة لا يجوز ولو أضافه الى العين جاز بالاجماع ولان ما قلناه ليس

فيه الا اقامة السبب مقام المسبب وهو أمر شائع شرعا كاقامة السفر مقام المشقة ونحوه فكان أولى قال رحمه الله (وما صح ثمنا صح أجرة) لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ثم ان كانت الاجرة عينا جاز كل عين أن يكون أجرة كما جاز أن يكون بدلا في البيع وان كان موصوفا في الذمة يجوز أيضا كل ما جاز أن يكون ثمنا أو مبيعا في الذمة كالمقدرات والمذروعات وما لا فلا ولا فرق بينهما فيه وقوله ما صح ثمنا صح أجرة يقتضي ذلك ولا ينافي العكس حتى صح أجرة ما لا يصح ثمنا أيضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح أجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى وكاستئجار الارض للزراعة بزراعة أرض أخرى لان المنافع معدومة فيكون بيعا بالنسيئة على ما قالوا فلا يجوز ذلك في الجنس المتحد لانه يكون كبيع القوهي بالقوهي نسيئة بخلاف مختلف الجنس على ما قالوا قال رحمه الله (والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فيصح على مدة معلومة أي مدة كانت) ومنعه الاخير الوحد لان المدة اذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز طالت المدة أو قصرت تأخرت بان كانت مضافة أو تقدمت بان كانت متصلة بوقت العقد ولا معنى لقول الشافعي فيه فانه يقدره بسنة في رواية ولا يجوز أكثر منها الا ان جوازها كان للضرورة ولا ضرورة الى أكثر منها وفي رواية يقدره بثلاثين سنة ولا يجوز أكثر منها الا انه قلما يستعمل بالاجرة أكثر من ذلك وفي رواية تجوز أبدا لان بيع المنافع كبيع الاعيان فجاز مؤبدا قلنا كل ذلك باطل لان المجوّز لها كونها معلومة ولا معنى لمنعه بعد أن صارت معلومة ألا ترى الى قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه الصلاة والسلام اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فأجاز أكثر من سنة ولان المنافع لا تكون معلومة الا بضرب المدة لها فلا تجوز الا مؤجلة بخلاف بيع الاعيان فانها معلومة بدونه ومن شرطها التأبيد أيضا حتى لو ضرب له أجلا فسد البيع وقال بعضهم لا يجوز أن يضرب لها أجلا لا يعيش اليه مثله عادة لان الغالب كالمتحقق في حق الاحكام حتى يحكم بموت المفقود عند موت أقرانه فصار كالتأبيد معنى فلا يجوز لما عرف أن التأبيد يبطلها وبه كان يفتي القاضي أبو عصمة العامري وبعضهم جوّز ذلك والخصاف منهم لان العبرة في هذا الكلام للمتعاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا يقتضي تعيين الوقت قال رحمه الله (ولا زاد في الاوقاف على ثلاث سنين) أي لا يجوز أن تزاد مدة الاجارة في الاوقاف على ثلاث سنين خوفا من دعوى المستأجر أنه ملكه اذا تطاولت المدة وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلاث سنين أن يعقد عقودا كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب ان فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا وكذا عقدا في كل عقد سنة وذكر صدر الاسلام أن الحيلة فيه أن يرفع الى الحاكم حتى يجيزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في المنع وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز هذا اذا لم ينص الواقف على مدة الاجارة فان اشترط لذلك شيئا من المدة فهو على ما شرط طال أو قصر لان شروط الواقف تراعى كالنصوص قال رحمه الله (أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته) أي المنفعة تعلم بالتسمية كما فيما ذكره من الصبغ والخياطة ومنه استئجار الدابة للحمل أو للركوب لانه اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فصح العقد ومن هذا النوع الاجارة على العمل كاستئجار القصار ونحوه قال رحمه الله (أو بالاشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام الى كذا) أي تكون المنفعة معلومة بالاشارة كما ذكره من نقل الطعام لانه اذا علم المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة وهذا النوع هو قريب من النوع الاول قال رحمه الله (والاجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه)

(قوله في المتن والمنفعة الخ) لما ذكر قبل هذا أن الاجارة بيع منفعة معلومة واقتضى هذا أن الاجارة لا تصح حتى تكون المنافع معلومة شرع يذكر كيف تعلم المنافع فقال والمنفعة الخ اه (قوله لان الغالب كالمتحقق الخ) قال الولوالجي أي قال في الفصل الاول ولو استأجر مائتي سنة بكذا فهو فاسد لانا نعلم أنه لا يعيش الى تلك المدة فيقع بعضه في حالة الحياة وبعضه بعد الوفاة اه (قوله خوفا من دعوى المستأجر) الذى بخط الشارح المستأجرين اه (قوله بكذا وكذا عقدا في كل عقد الخ) فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم لانه مضاف اه (قوله في المتن أو بالتسمية) يعني المنفعة تارة تعلم ببيان المدة كما تقدم وتارة تصير معلومة بمجرد التسمية بدون ذكر المدة اه (قوله لانه اذا بين المصبوغ) أي الثوب الذي يصبغ اه (قوله والصبغ) أحمر أو نحوه اه (قوله وقدر ما يصبغ به) أي اذا كان مما يختلف اه اتقاني (قوله والمسافة) يتعلق بالحمل والركوب جميعا اه اتقاني (قوله في المتن والاجرة لا تملك بالعقد) قال في الهداية الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلاث اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه اه قوله لا تجب بالعقد أي لا يجب أداؤها وتسليمها بمجرد العقد أما نفس الوجوب فثابت بنفس العقد اه (قوله في المتن أو بالتمكن الخ) قال الاتقاني ولكن اذا كانت الاجارة صحيحة فاذا كانت فاسدة لا يجب شيء بمجرد التمكن من الاستيفاء وذلك لان الواجب على الآجر تسليم العين التي تحدث أي

منها المنافع في مدة الاجارة لا تسليم المنفعة لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة ولكن يعتبر التسليم على
وجه يمكن الانتفاع بها وقد تحقق التسليم على هذا الوجه فبتحقق التسليم المستحق وجب الاجر وان لم ينتفع بها كما اذا قبض
المبيع ولم ينتفع به قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن استأجر دابة الى مكان معلوم ليركبها فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها
شيأ فانه يجب الاجر وكذلك اذا استأجر دارا ليسكنها فسلم المؤجر المفتاح اليه ومضت المدة فانه يجب الاجر عليه سكن الدار أو لم يسكن
الا اذا منعه مانع من السلطان أو غيره فأخرجه ولم يمكن دفعه عنها فانه لا يجب الاجر عليه الى هنا لفظه رحمه الله وقال

أي لا تملك الاجرة بنفس العقد سواء كانت الاجرة عينا أو دينا وانما تملك بالتعجيل أو بشرط التعجيل أو
باستيفاء المعقود عليه وهي المنفعة أو بالتمكن من استيفائه بتسليم العين المستأجرة في المدة وقال الشافعي
رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لانها عقد معاوضة فيثبت الملك
في البدلين بنفس العقد وهذا مبني على أصله أن المنفعة المعدومة عنده جعلت موجودة حكما لان من شرط
جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجودا مقدورا على تسليمه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما كما جعل النطفة
في الرحم كالحي حكما في حق الاحكام من الوصية والارث وكذا يجعل الموجود حقيقة كالمعدوم حكما كما
جعل المرتد الملتحق بدار الحرب ميتا في حق الاحكام كالارث وعتق أمهات أولاده والدليل على أنه
كالموجود جواز الاستئجار بالدين ولو كان معدوما لما جاز لانه يصير دينا بدين وهو حرام شرعا ولنا أن هذا
عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم وأحد البدلين وهو المنفعة
لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فكذا في البدل الآخر ولو ملك الاجرة لملكها
بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتأخر الملك فيه ضرورة وجواز العقد ليس باعتبار أن المعدوم
جعل موجودا حكما وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد لانه عرض لا يبقى زمانين فلا
يتصور فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون
محلا للعقد بل باعتبار أن العين التي هي سبب وجود المنفعة أقيمت مقام المنفعة في حق صحة الايجاب
والقبول وفي حق وجوب التسليم اذ العين هي التي يمكن تسليمها دون العرض فانعقد في حقهما في الحال
فوجب عليه تسليمها وصار العقد مضافا غير منعقد للحال في حق المنفعة لان أقصى ما يتصور العقد على
المنفعة أن يكون العقد مضافا الى وقت حدوثها فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة على حسب وجودها
شيأ فشيأ وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث
المنافع وانما قامت العين مقام المنفعة لتصحيح العقد في حق الانعقاد والتسليم ضرورة عدم تصورهما في
المنفعة ولا ضرورة في حق الملك في البدل اذ ما ثبت للضرورة يثبت بقدرها فلا يظهر في حق ملك البدل كما
لا يظهر في حق ملك المنفعة فيكون العقد مضافا الى وقت حدوثها غير منعقد للحال في حقهما وهذا أولى
من الذي ذهب اليه الشافعي رحمه الله فان فيه قلب الحقائق وهو جعل المعدوم موجودا وما ذهبنا اليه
ليس فيه الا اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهي المنفعة في حق بعض الاحكام وهذا القدر من
التغيير معهود في الشرع ألا ترى أن الشارع أقام السفر مقام المشقة لانه سببها وأقام البلوغ مقام
اعتدال العقل حتى علق التكليف به لانه سببه ونظائره كثيرة لا تحصى وانما جاز الاستئجار بالدين لان
العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا في ذمته فلا يجب بدلها أيضا وعند انعقاد العقد فيها

في شرح الاقطع قال أصحابنا
اذا استأجر دابة الى الكوفة
فسلمها المؤجر وأمسكها
المستأجر ببغداد حتى مضت
مدة يمكنه المسير فيها الى
الكوفة فلا أجر عليه وان
ساقها معه الى الكوفة ولم
يركبها وجبت الاجرة وقال
الشافعي تجب الاجرة في
الوجهين دليلنا أن العقد
وقع على مسافة فالتسليم
في غيرها لا يستحق به البدل
كما لو وقع على مدة فسلم في
غيرها فانه لا يستحق البدل
فان قيل ان المستأجر قبض
العين المستأجرة وتمكن من
استيفاء المنفعة المعقود
عليها فوجب أن تستقر
الاجرة عليه أصله اذا استأجرها
شهرا للركوب قيل له التمكن
من الاستيفاء في غير محل
المعقود عليه كالتمكن من
الاستيفاء في غير المدة والمعنى
في الاصل أن العقد وقع
على المدة وفي مسئلتنا وقع
على العمل وفرق ما بينهما كما
لو استأجر رجلا لخياطة
ثوب أو استأجره للخياطة

والحاصل أن ههنا قيودا لوجوب الاجرة أحدها التمكن من الاستيفاء في المدة حتى اذا لم يتمكن من استيفاء المنافع أو تمكن في غير المدة
لا يجب الاجر والثاني أن تكون الاجارة صحيحة ألا ترى الى ما قال في تتمة الفتاوى لا يجب الاجر في الاجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء
المنفعة وانما يجب بحقيقة الاستيفاء بخلاف الاجارة الصحيحة فان الاجر فيها يجب بالتمكن من استيفاء المنفعة (قوله وقال الشافعي تملك
بنفس العقد) قال الاتقاني وفائدة هذا الخلاف ما ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وهو أنه لا يثبت للآجر ولاية المطالبة
بتسليمها في الحال ولو كانت الاجرة عبدا وهو قريب له لا يعتق عليه في الحال اه (قوله لم تصر المنفعة دينا) قال الاتقاني فان قيل لو لم تملك المنافع
يلزم الافتراق عن دين بدين قلنا لو جوزنا ذلك لزم التقابض في المجلس فلما جاز التفرق من غير تقابض ولا يكون ذلك دينا بدين بطل ما قاله

وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا ولو كان العقد منعقدا في حق المنفعة لما جازت الاجارة بالدين المؤجل أصلا كما لا يجوز السلم به ولو جاز أن يجعل المعدوم كالمستوفي لجاز ذلك في السلم أيضا كما اذا باع العين بالدين فاذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجرة لتحقق المساواة وان عجلها أو اشترط تعجيلها فقد التزمه بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد فصح بخلاف الاجارة المضافة الى وقت بشرط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلا ولا يلزمه للحال شئ لان امتناع وجوب الاجرة فيه ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط وفيما نحن فيه انما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وليس بمضاف صريحا فيبطل ذلك المعنى بالتصريح على خلافه ألا ترى أن الثمن في البيع يجب في الحال ولا يجب تسليم المبيع حتى يسلم الثمن لان العقد يقتضي المساواة ثم اذا كان الثمن مؤجلا يجب تسليمه في الحال لانه تأخر بالقصد صريحا ولا يقال يصح الابراء من الاجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها أن تمنع نفسها فلو لم تملك المنفعة ولم تقبضها لمنعت نفسها لانا نقول لا يصح الابراء عند أبي يوسف رحمه الله لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت في الذمة فجاز الابراء عنه والجواب على قول محمد رحمه الله انه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجود السبب كالابراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب ألا ترى انهما جائزان بالثمن في البيع المشترط فيه الخيار وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط فكذا بهذا الدين أما جواز الكفالة فظاهر لانه يجوز تعليقها بشروط ملائمة فهذا لا يكون أقل منه وأما الرهن فلانه استيفاء للدين حكما فيكون معتبرا بالاستيفاء الحقيقي فلو استوفى الاجرة هنا حقيقة جاز فكذا حكما بخلاف الاجارة المضافة وانما لم يكن للمرأة أن تحبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه أوفى ما سمى لها برضاها وهو المراد بمثله عادة عند الاطلاق فصار كما اذا أجلت المهر كله فانه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلوله فكذا هذا بل أولى لانها تسلمت الدار وهي قائمة مقام المنفعة من وجه على ما بينا وقوله الشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما الخ قلنا نعم لكن عهدنا ذلك فيما يمكن تقدير وجوده حقيقة لان الشئ انما يقدر حكما اذا كان يمكن تصوره حقيقة كما في المستشهد به فان الحي يتصور موته وكذا بالعكس وأما المنافع فلا تقبل العقد أصلا حتى في حال وجودها على ما بيناه فكيف يقدر وجودها لجواز العقد وليس في وجودها جوازه بل بطلانه على ما بينا على أن ما اعتبره قلب وما اعتبرناه تغيير فكان أولى على ما بينا قال رحمه الله (فان غصبت منه سقط الاجر) أي لو غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر سقط الاجر كله فيما اذا غصبت في جميع المدة وان غصبت في بعضها سقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجرة لا حقيقة الانتفاع على ما بين وهل تنفسخ الاجارة قال صاحب الهداية تنفسخ وقال القاضي فخر الدين في فتاواه والفضلي لا تنتقض قال رحمه الله (ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) والاصل فيه أن الاجارة معاوضة والملك في المنافع يمتنع ثبوته زمان

(قوله وكذا يصح الارتهان والكفالة بها) قال قاضيخان في فتاواه قبيل فصل الاجارة الطويلة رجل آجر داره من رجل سنة بألف درهم ثم قال للمستأجر وهبت منك جميع الاجر أو قال أبرأتك عن الاجر صح ذلك في قول محمد وأبي يوسف الاول ولا يصح في قول أبي يوسف الآخر ولو قال أبرأتك عن خمسمائة من هذا الاجر أو قال عن تسعمائة من الالف صح ولو قال بعد ما مضت ستة أشهر من وقت الاجارة أبرأتك عن الاجر صح عن الكل في قول محمد رحمه الله (١٠٨) وفي قول أبي يوسف الآخر صح ابراؤه عما مضى ولا يصح عما يستقبل ولو كان تعجيل الاجرة شرطا في الاجارة ثم وهب منه الاجر أو أبرأه عن الاجر صح في قولهم ولو آجر داره ثم وهب له أجر رمضان قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله ان استأجرها سنة جاز وان استأجرها مشاهرة لا يصح الا اذا وهب منه بعد ما دخل شهر رمضان قال الفقيه أبو الليث هذا الجواب يوافق قول محمد رحمه الله وبه نأخذ اه وقال الحدادي رحمه الله ولو وهب بعض الاجرة أو أبرأ منه جاز اجماعا أما على أصل محمد فظاهر لان الهبة تجوز عنده في الجميع فكذا في البعض وأما على أصل أبي يوسف فهبة البعض حط تلحق بالاصل فيصير كالموجود في حال العقد وهبة الجميع لا تلحق بالعقد فتثبت في الحال وليس هناك حق واجب فلا يصح وأما اذا وجبت الاجرة بمضي الوقت وهي دين فلا بأس بالبراءة والهبة والصرف لانه دين واجب كسائر الديون اه (قوله سقط الاجر) وذلك لان استحقاق الاجرة اذا لم يوجد التعجيل إما باستيفاء المنافع أو بالتمكن من الاستيفاء ولم يوجد الاستيفاء والتمكن منه أصلا فلا تستحق الاجرة اه اتقاني (قوله في المتن ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم) قال في شرح الاقطع وقال زفر لا يطالبه الا بعد مضي مدة الاجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول أبي حنيفة الاول اه اتقاني (قوله في المتن وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) واذا اشترط في جميع هذه الوجوه تعجيل الاجر أو تأخيره فهو على ما اشترطه لما أنه أعرض عن قضية المعادلة اه اتقاني

العقد

(قوله لان المعقود عليه جملة المنافع) أى وهى لم تصر مسلمة اليه فلا يطالبه ببدلها اه (قوله كالثمن فى المبيع) وكما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاط بعضه لا يستحق الاجرة ما لم يفرغ من العمل بخلاف ما اذا بين وقت الاستحقاق مثل أن يقول آجرتك هذه الدار بكذا سنة على أن تعطى الاجرة بعد شهرين لان ذلك بمنزلة شرط تعجيل الاجرة ولنا أنه استوفى بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقا للمساواة بين المتعاقدين اه اتقانى (قوله كما فى كراء الدابة) الكراء بالمد الاجرة اه مصباح (قوله ففى الدار يجب لكل يوم) أى لان اليوم مقصود بالانتفاع وأخذ البدل عنه لا يفضى الى الضرر اه اتقانى (قوله وفى المسافة لكل مرحلة) وهو استحسان اه (قوله ولا يتفرغ لغيره) أى لانه كما يفرغ من تسليم أجرة ساعة يجب عليه تسليم أجرة ساعة أخرى على التوالى اه اتقانى (قوله أو قطع المسافة) من هنا الى قوله فى المتن وبزرع رطبة مفقود من خط الشارح رحمه الله اه (١٠٩) (قوله فى المتن فان أخرجه فاحترق الخ) قال فى الهداية ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضى الله عنه وهذا عند أبى حنيفة لانه أمانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه اه قال الاتقانى قال محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل أدخل رجلا الى منزله استأجره ليخبز له خبزا فلما أخرجه من التنور احترق من غير فعله قال له الاجر ولا ضمان عليه الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قالوا فى شروح الجامع الصغير أما عدم الضمان لانه هلك لا بصنعه وأما وجوب الاجر فلانه أوفى عمله وصار الخبز منتفعا به فصح التسليم اه قوله فى الهداية وهذا عند أبى حنيفة قال الاتقانى أى عدم الضمان على الخباز اذا احترق الخبز بعد الاخراج من غير فعله هو مذهب أبى حنيفة أما عندهما فعليه الضمان أقول فى الجامع الصغير أطلق الجواب بعدم الضمان ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكروا الخلاف فى شروح الجامع الصغير بل قالوا لا ضمان عليه مطلقا فمن هذا قالوا الجواب فى الجامع الصغير يجرى على عمومه أما عند أبى حنيفة فلا ضمان عليه لانه لم يهلك من صنعه وأما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وانما ذكر الخلاف القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى برواية ابن سماعة عن محمد قال واذا أخرجه من التنور فوضعه وهو يخبز فى منزل المستأجر وقد فرغ فان احترق من غير جناية فله الاجر ولا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة لانه فرغ من العمل وصار مسلما له

العقد فكذا الملك فى الاجرة على ما بيناه ثم كان أبو حنيفة أولا يقول فى الكل لا يجب شئ من الاجرة حتى يستوفى جميع المنفعة والعمل وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع والعمل فلا يتوزع الاجر على أجزائها كالثمن فى المبيع والرهن فى الدين ثم رجع عن هذا فقال ان وقعت الاجارة على المدة كما فى اجارة الدار والارض أو على قطع المسافة كما فى كراء الدابة يجب الاجر بحصة ما استوفى من المنافع اذا كان المستوفى أجرة معلومة من غير مشقة ففى الدار يجب لكل يوم وفى المسافة لكل مرحلة والقياس أن يجب فى كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة الا أنه يفضى الى الحرج لانه لا يعلم حصته الا بمشقة ولا يتفرغ لغيره فرجع الى ما ذكرنا لان حصته من الاجرة معلومة من غير مشقة وهذا القدر من المنفعة مقصود فيجب البدل بحصته بخلاف ما اذا وقعت الاجارة على العمل كالخياطة والقصارة لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر مقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيأ من الاجرة على ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التحرير وذكر فى المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشى أنه اذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجر بحسابه واستشهد فى الاصل على ذلك بما لو استأجر انسانا ليبنى له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى فهذا يدل على أنه يستحق الاجر ببعض العمل فى الكل الا أنه يشترط فيه التسليم الى المستأجر ففى سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما اليه بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة وفى الخياطة ونحوها لا يكون مسلما اليه الا اذا سلمه الى صاحبه حقيقة ففى خياطته فى منزل المستأجر يحصل التسليم بمجرد الفعل اذ هو فى منزله والمنزل فى يده فلا يحتاج فيه الى التسليم الحقيقى فيجب بمجرد العمل ولهذا اذا فرغه فى منزله يجب الاجر من غير تسليم اليه وعلى ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التحرير لا يستحق الاجر على البعض الا فى سكنى الدار أو قطع المسافة وهو أقرب الى المروى عن أبى حنيفة رحمه الله لانه روى الفرق بينهما عنه فى القول المرجوع اليه على ما ذكرنا وعلى ما ذكروه لا فرق بين الكل قال رحمه الله (وللخباز بعد اخراج الخبز من التنور) يعنى للخباز أن يطالب بالاجر اذا أخرج الخبز من التنور لانه قد فرغ فملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل هذا اذا كان يخبز فى بيت المستأجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجر وان كان فى منزل الخباز لم يكن مسلما اليه بمجرد الاخراج من التنور قال رحمه الله (فان أخرجه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه) يعنى اذا أخرجه من التنور ثم احترق هذا اذا كان يخبز فى منزل المستأجر

باخراجه من التنور لانه فى ملك المستأجر وهلاك الشئ من غير عمل الاجير المشترك لا تتعلق به الضمان عنده فأما قول من يضمن الاجير المشترك فانه يضمن له دقيقا مثل الدقيق الذى دفعه اليه ولا أجر له فان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا وأعطاه الاجر وذلك لان قبض الاجير المشترك عندهما مضمون فلا يبرأ منه بوضعه فى منزل مالكه كما لا يبرأ من ضمان المغصوب بذلك فاذا وجب عليه الضمان صار صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا وأسقط الاجر لانه لم يسلم له العمل وان شاء ضمنه خبزا فصار العمل مسلما له فوجبت عليه الاجرة قال ولا أضمنه الحطب والملح لانه صار مستهلكا قبل وجوب الضمان فوجب عليه الضمان ولا قيمة له اه (قوله ولو احترق قبل أن يخرجه) قال الاتقانى وانما قيد بعدم الضمان فى صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان فى قول أصحابنا جميعا ألا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى باب من استأجر أجيرا العمل فى بيته وان احترق الخبز فى التنور قبل أن يخرجه فان أبا حنيفة قال فى هذا هو ضامن لانه مما جنته يداه بتقصيره بالقلع من التنور فان ضمنه قيمته مخبوزا أعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له أجر لانه اذا ضمنه (١١٠) قيمته مخبوزا فقد وصل العمل اليه معنى لوصول قيمته اليه فكان له الاجر واذا ضمنه

لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه اذ المنزل فى يده فيستحق الاجر بوضعه فيه ولا يجب عليه الضمان اذا هلك بعد ذلك بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق قبل أن يخرجه أو سقط من يده قبل الاخراج فاحترق لا يستحق الاجر لهلاكه قبل التسليم ولانه قبل الاخراج لا قيمة له بخلاف ما اذا خاط الثوب فى منزل صاحب الثوب حيث يستحق الاجر بخياطة بعضه وان هلك قبل التسليم على ما ذكره الجماعة لان ذلك القدر له قيمة وينتفع به فيستحق الاجر بحسابه وانما لم يضمن لانه هلك بعد التسليم لانه يصير مسلما بالاخراج على ما ذكرنا وهذا بالاجماع ولو احترق فى التنور قبل الاخراج قال فى النهاية يضمن لانه جناية يده وان كان الخباز يخبز فى منزل نفسه لا يستحق بالاخراج من التنور المطالبة به لانه لا يصير الخبز بمجرد الاخراج مسلما الى صاحبه لان المنزل ليس فى يده فلا بد من التسليم الحقيقى بخلاف ما اذا خبز فى منزل المستأجر على ما ذكرنا ولو هلك هنا قبل التسليم الى صاحبه لا يستحق الاجر لعدم التسليم الحقيقى ولا يجب عليه الضمان عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجب الضمان لان المتاع عنده فى يد الاجير المشترك أمانة وعندهما مضمون ثم اذا صار ضامنا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب الضمان كان رمادا قال رحمه الله (وللطباخ بعد الغرف) أى للطباخ أن يطلب الاجرة بعد ما غرف الطبيخ لان الغرف عليه هذا اذا كان يطبخ للوليمة وان كان يطبخ قدرا خاصة لاهل البيت فليس عليه الغرف لان العادة لم تجر به والمعتبر هو العادة فى موضع لا نص فيه قال رحمه الله (واللبان بعد الاقامة) أى اذا استأجره ليضرب له لبنا فى أرضه استحق الاجر اذا أقامه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحق حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله لانه لا يؤمن عليه من الفساد قبله فصار التشريج كاخراج الخبز من التنور ولانه هو الذى يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط وقولهما استحسان لابى حنيفة رحمه الله وهو القياس أن العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زائد عليه كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به

قيمة دقيقه لم يصل العمل اليه لا صورة ولا معنى فلم يستحق الاجر وهذا قول أبى يوسف ومحمد الى هنا لفظه فى شرح الكافى اه (قوله فاحترق لا يستحق الاجر) فى المبسوط وهو ضامن اه (قوله على ما ذكره الجماعة) أى خلافا لصاحب الهداية على ما تقدم فى الصفحة الماضية من الشرح اه (قوله فلا بد من التسليم الحقيقى) أى ليخرج من ضمانه اه (قوله ولو هلك هنا) أى فى منزل نفسه اه (قوله فى المتن والطباخ بعد الغرف) أراد بالغرف وضع الطعام فى القصاع اه (قوله هذا اذا كان يطبخ للوليمة) قال الاتقانى والوليمة طعام العرس والوكيرة طعام البناء والخرس طعام الولادة وما تطعمه النفساء نفسها خرسة وطعام الختان اعذار وطعام القادم من سفره نقيعة وكل طعام صنع لدعوة مأدبة ومأدبة جميعا ويقال فلان يدعو النقرى اذا خص وفلان يدعو الجفلى أو الاجفلى اذا عم قاله القتبى وغيره (قوله أن العمل قد تم بالاقامة) قال الشيخ أبو الحسن الكرخى رحمه الله فى مختصره واذا استأجره ليضرب له لبنا فى ملكه أو فى شئ هو فى يده فان رب اللبن لا يكون قابضا حتى يجف اللبن وينصبه فى قول أبى حنيفة رحمه الله لا اختلاف عنه فى ذلك وعند أبى يوسف ومحمد حتى يشرجه فان هلك اللبن قبل الحد الذى حده كل واحد منهم فى قوله فلا أجر له وان كان بعده فله الاجر وان كان ذلك فى غير يده ولا فى ملكه لم يكن له الاجر حتى يسلمه منصوبا عند أبى حنيفة ومشرجا عند أبى يوسف ومحمد الى هنا لفظ الكرخى قال فى شرح الطحاوى والتسليم هو أن يخلى بين المستأجر وبين اللبن ولكن فى أى وقت يصح التسليم عند أبى حنيفة اذا أقامه وعندهما ما لم يشرجه لم يصح التسليم اه اتقانى قوله ما لم يشرجه وتشريج اللبن تنضيده وضم بعضه الى بعض اه اتقانى (قوله والانتفاع به ممكن الخ) ألا ترى أنه يؤخذ من ذلك المكان فيبنى به فصار كالخبز بعد الاخراج اه غاية (قوله كالنقل الى موضع العمارة) أى فانه غير واجب عليه اه قال الاتقانى وقولهما لا يؤمن عليه الفساد

قبل الاخراج وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا فسد بالمطر ونحوه بعدما أقامه فعنده يجب الاجر وعندهما لا يجب اذا هلك قبل التشريج وهذا اذا لبن في أرض المستأجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة أو بالتشريج على اختلاف الاصلين وان لبن الاجير في أرض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج وقد ذكرنا نظيره في الخبز قال رحمه الله (ومن لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها للاجر) أي يحبس العين للاجر حتى يستوفيه لان المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع وذكر في النهاية أن القصار اذا ظهر عمله باستعمال النشا كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح أن له حق الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كأنه أحدثه فيه بالاظهار وعزاه الى شرح الجامع الصغير لقاضيخان وقال زفر رحمه الله ليس له أن يحبس العين فيما لعمله أثر لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به لان الاتصال بملكه باذنه فصار كالقبض بيده ألا ترى أنه لو أمر شخصا بأن يزرع له أرضه حنطة من عنده قرضا فزرعها المأمور صار قابضا باتصاله بملكه وصار كما اذا صبغ في بيت المستأجر قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر في المحل اذ لا وجود للعمل الا به فكان مضطرا اليه والرضا لا يثبت مع الاضطرار كصاحب العلو اذا بنى السفل لا يكون متبرعا راضيا به لانه مضطر اليه وليس هذا كصبغه في بيت المستأجر لان العين فيه في يد المستأجر لقيام يده على المنزل ويمكن العامل أن يتحرز عنه بأن يعمل في منزل نفسه فلم يكن مضطرا اليه فيكون راضيا بالتسليم مع امكان التحرز عنه فيبطل حقه في الحبس نظيره اذا سلم المبيع برضاه ليس له أن يسترده ونظير الاول اذا قبضه المشتري بغير رضاه كان للبائع أن يسترده ونظير هذا الخلاف الوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من عنده كان له أن يحبس المبيع عن الموكل حتى يوفي الثمن لانه مضطر في نقده من عنده وعند زفر ليس له أن يحبس لان يد الوكيل يد الموكل فكان في يده بقبض الوكيل قلنا انه مضطر في هذا القبض فلا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر أن يقبض المبيع على وجه لا يقع في يد الموكل فلا يسقط حقه في الحبس بذلك قال رحمه الله (وان حبس فضاع فلا ضمان ولا أجر) لان العين أمانة في يده على ما بين وله أن يحبسها بالاجر شرعا فلا يكون به متعديا فلا يجب عليه الضمان به ولا يجب له الاجر لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع اذا هلك قبل القبض وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن العين لانها كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط ذلك بالحبس ثم لصاحب العين الخيار ان شاء ضمنه قيمة العين غير معمولة ولا أجر له لان العمل لم يصر مسلما اليه وان شاء ضمنه قيمتها معمولة وعليه الاجر لان المبيع وهو العمل صار مسلما اليه بتسليم بدله اليه قال رحمه الله (ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للاجر) لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه ولا له أثر يقوم مقامه فلا يتصور حبسه بخلاف راد الآبق فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله أثر لانه كان على شرف الهلاك فأحياه بالرد فكأنه باعه من مولاه فكان له حق الحبس واختلفوا في غسل الثوب بسبب اختلافهم في القصارة بلا نشا وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه) أي ليس للاجير أن يستعمل

ضعيف لان العين صارت منتفعا بها فلا يعتبر بالطارئ بعد ذلك من أسباب الفساد كما بعد التشريج اهـ (قوله في المتن ومن لعمله أثر في العين الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره ولجميع من ذكرنا يعني من الصباغ والخياط والقصار والصائغ والنجار والاسكاف وسائر الصناع أن يحبسوا ما في أيديهم مما لهم العمل فيه أو مما عملوا حتى يقبضوا الاجر (! ! !) وليس للمستأجر قبض ذلك حتى يدفع الاجر بمنزلة المبيع يحبسه البائع حتى يستوفي الثمن وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والحسن بن زياد وأما الحمال والجمال والملاح يستأجر على حمل شيء فليس لهم حبس ما حملوه لانه لا عمل لهم فيه قائم ولا تأثير وقال محمد فان حبس الحمال المتاع في يده فهو غاصب وقال أبو يوسف في الحمال يطلب أجرة بعدما بلغ المنزل قبل أن يضعه فليس له ذلك الى هنا لفظ الكرخي اهـ اتقاني (قوله والاصح أن له حق الحبس الخ) قال فخر الدين قاضيخان وأما القصار اذا قصر الثوب هل له حق الحبس لاستيفاء الاجرة قالوا ان ظهر أثر عمله في الثوب باستعمال النشا ونحوه أو بالدق كان له حق الحبس وان لم يكن عمله الا الغسل لا يكون له حق الحبس لان البياض كان موجودا في الثوب ومنهم من قال له حق الحبس على كل حال وهو الصحيح لان البياض وان كان موجودا في الثوب الا أنه كان مستورا وقد ظهر بعمله فكان له حق الحبس كذا ذكر في شرح الجامع الصغير وهذا اذا كان عمله في دكانه أما اذا خاط الخياط أو صبغ الصباغ في بيت المستأجر فليس له حق الحبس كذا في خلاصة الفتاوى اهـ اتقاني (قوله في المتن ومن لا أثر لعمله كالحمال) يروى قوله كالحمال بالحاء والجيم جميعا والحكم فيهما واحد ولهذا ذكرهما الكرخي جميعا في مختصره كما مر آنفا والاولى أن يروى هنا بالحاء لان الحمل يجوز أن يقع على الظهر وعلى الدابة فيكون أعم من لفظ الجمال بالجيم فكان أولى اهـ اتقاني (قوله في المتن ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه) ثم نقل عن الامام حميد الدين الضرير أن صورة المسألة فيما اذا قال للخياط

مثلا على أن تعمل بنفسك أو بيدك أما اذا قال على أن تعمل فهو مطلق اهـ غاية (قوله فى المتن وان أطلق كان له أن يستأجر غيره) لان المطلق ينصرف الى المعتاد والمتعارف فيما لم يشترط والصناع يعاونون فى العادات بانفسهم وباجرائهم فكان له أن يعمل بنفسه وأجيره وهذا لان المعقود عليه مطلق العمل فى الذمة وذلك موجود فى فعله وفعل غيره فيجوز أن يوفيه باستعانة غيره كما فى ايفاء الدين اهـ اتقانى (قوله فى المتن ولا أجر لحامل الكتاب الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل استأجر رجلا ليذهب بكتابه الى البصرة الى فلان ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب قال لا أجر له وقال محمد له الاجر فى الذهاب الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد قول أبى يوسف وقال فى المصروالخلاف ذكر أبو الليث قول أبى يوسف مع محمد وغيره مع أبى حنيفة وذكر القدورى فى كتاب التقريب وفخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير قول أبى يوسف مع أبى حنيفة وقال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير واختلف المشايخ فى قول أبى يوسف والاصح أن قوله كقول أبى حنيفة رضى الله عنه وأجمعوا أنه لو ترك الكتاب ثمة ولم يرده الى المرسل يستحق أجر الذهاب وأجمعوا أنه لو ذهب الى البصرة ولم يحمل الكتاب لا يستحق الاجرة وأجمعوا أنه لو استأجر رسولا ليبلغ الرسالة الى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد فلانا فانه يستحق الاجر الى هنا لفظ قاضيخان والاصل هنا أن المعقود عليه اذا انتقض بطل الاجر بالاتفاق ولكن الخلاف فى أن الاجر مقابل بايصال الكتاب الى المكتوب اليه أم مقابل بحمل الكتاب وقطع المسافة به فقال محمد انه مقابل بقطع المسافة بالكتاب لا بحمل الكتاب وجوابه الى الكاتب لان حمله يسير لا يقابل به البدل غالبا لخفة مؤنته ثم قطع المسافة وقع فى الذهاب للمستأجر فوجب أجر الذهاب ولم يقع قطعها فى العود للمستأجر فلم يجب أجره وذلك لانه أوفى بعض المعقود عليه دون البعض فوجب الاجر بحساب ذلك كما لو استأجره على حمل طعام الى البصرة فحمل بعضه ووجه قولهما أن المقصود من الاستئجار على حمل كتاب الى فلان بالبصرة هو ايصال الكتاب اليه لا حمله وانما الحمل وسيلة اليه والاجر يقابل بما هو المقصود من العقد دون الوسيلة فاذا رد الكتاب ولم يوصله الى المكتوب اليه فقد أبطل عمله قبل التسليم فلا يستحق كما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاطه ثم فتقه لا يجب له الاجر لانه نقض عمله فكذا هنا فصار كمن استؤجر لحمل طعام الى فلان بالبصرة فحمله ثم رده الى بغداد فلا أجر له فأشبه ما اذا كان المكتوب له حيا ولم يوصله اليه بخلاف ما اذا ترك الكتاب ثمة حيث يجب له أجر الذهاب اذ لم ينقض عمله بل أتى بما فى وسعه وامكانه اهـ اتقانى (قوله فى المتن ولا لحامل الطعام) هذه المسئلة متفق عليها بخلاف التى قبلها قال الاتقانى وهذه أى مسئلة حمل الطعام فى قول علمائنا الثلاثة (قوله وكذا لو استأجر رسولا الخ) قال

غيره اذا شرط عليه أن يعمل بنفسه لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان المعقود عليه المنفعة بان استأجر رجلا شهرا للخدمة لا يقوم غيره مقامه فى الخدمة ولا يستحق به الاجر لانه استيفاء للمنفعة بلا عقد لتعين المعقود عليه لذلك قال رحمه الله (وان أطلق كان له أن يستأجر غيره) لان الواجب عليه عمل فى ذمته ويمكنه الايفاء بنفسه وبالاستعانة بغيره كالمأمور بقضاء الدين قال رحمه الله (وان استأجره ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بما بقى فله أجره بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله وفى النهاية عن الفضلى أنه اذا استأجر فى المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ان كان قال استأجرتك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب وان قال استأجرتك حتى أحمل من القرية لا يجب شئ لان الاجارة كانت بشرط الحمل لا غير وفى الاولى كان العقد على شيئين على الذهاب الى ذلك الموضع والحمل منه الى ههنا وقد ذهب اليه فاستوفى بعض المعقود عليه فيجب الاجر بحصته وعزاه الى الذخيرة وروى هشام عن محمد رحمه الله مثله فى السفينة ذكره فى المحيط قال رحمه الله (ولا أجر لحامل الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام ان رده للموت) معناه ان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بمكة مثلا أو ليذهب بكتابه اليه ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له لانه نقض تسليم المعقود عليه بالرد فصار كأنه لم يفعل فلا يستحق الاجر وقال زفر رحمه الله له الاجر فى الطعام لان الاجر مقابلة حمل الطعام الى مكة وقد وفى بالمشروط فاستحق الاجرة عليه ثم هو برده جان فلا يسقط حقه به فى الاجر بخلاف نقل الكتاب لان الاجر فيه لا يقابل الحمل لانه لا مؤنة له وقال محمد رحمه الله له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل بما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته بخلاف حمل الطعام لان الاجر فيه مقابل بالحمل دون قطع المسافة لان فى حمل الطعام مؤنة ولهما ان الاجر مقابل بالنقل فيهما لانه وسيلة الى المقصود وهو وضع الطعام هنالك وعلم ما فى الكتاب فاذا رده فقد نقض المعقود عليه فلا يستحق الاجر كما اذا نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ ولو وجده غائبا فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك الكتاب هنالك ليوصل اليه أو الى ورثته فله الاجر فى الذهاب لانه أتى باقصى ما فى وسعه وقال فى المحيط بعدما ذكر هذه المسئلة وكذا لو استأجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان ببغداد

الاتقاني ولو استأجره ليبلغ رسالته الى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل اليه أو وجده لكن لم يبلغ الرسالة فرجع فله الاجر والفرق بين الرسالة والكتاب أن الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل بان يطلع عليه غيره أما الكتاب فمختوم يعني لو ترك الكتاب مختوما لا يطلع عليه غيره قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله لا نسلم فصل الرسالة هو والكتاب سواء فأما في الطعام اذا رجع بالطعام وهلك في الطريق لا يضمن عند أصحابنا الثلاثة كذا في الخلاصة اه

﴿ باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها ﴾

(قوله ولغيرها) أي كوضع الامتعة اه (قوله وكسر الحطب) سيأتي بعد أسطر اه (قوله وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم الخ) قال الاتقاني فان كان في الدار موضع معد لربط الدواب كان له ذلك والا فلا لانه يؤدي الى إفساد الدار اذ ربط الدواب في موضع السكنى إفساد اه (قوله في المتن يسكن) بفتح الياء من الثلاثي المجرد فيكون على هذا انتصاب قوله حدادا أو قصارا أو طحانا على الحال ويفهم على هذا التقدير عدم إسكانه غيره بطريق الدلالة ويجوز بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب كل منها على أنه مفعول به فعلى هذا التقدير يفهم عدم سكناه بنفسه بطريق الاشارة لانه اذا لم يجز أن يسكن غيره لانه يوهن البناء ففي سكنى نفسه ملتبسا بهذه الاشياء هذا المعنى حاصل فكان في منعه عن إسكانه غيره اشارة الى منعه عن سكناه والله أعلم وإنما قلنا ان الاول دلالة لانه لما لم يملك السكنى بنفسه فلأن لا يملكها غيره بالطريق الأولى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فاراد أن يقعد فيه حدادا فان كان مضرتهما واحدة أو مضرة الحداد أقل لانه لا يلحقه منه ضرر الا فكان له ذلك وان كان أكثر مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر وكذلك الرحى والمسلم والحربي والمستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء في الاجارة لانه عقد يتوصل به الى إقامة المصالح الدنياوية وكل واحد من هؤلاء يملك إقامة مصالح الدنيا ولانه نوع تجارة وكل واحد منهم يملك التجارة اه اتقاني رحمه الله (قوله فلا بد منه) وفي المضمرات وعن البقالي إذا كان يضر بالبناء منع عنه والا فلا وهكذا اختار الحلواني وعليه الفتوى اه كاكي (قوله لان الضمان والاجر لا يجتمعان) وإنما كان كذلك لانا جعلنا فعله إتلافا من الابتداء والاتلاف لا يقابل بالاجر اه اتقاني

يعد ادا فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لان الاجر بقطع المسافة لانه في وسعه وأما الاسماع فليس في وسعه فلا يقابله الاجر والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها ﴾

قال رحمه الله (صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) والقياس أن لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت تصلح لاشياء مختلفة فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كاستئجار الارض للزراعة والثياب للبس وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا تسمى مسكنا فينصرف اليه لان المتعارف كالمشروط ولانه لا يختلف باختلاف العامل والعمل فجاز إجارتها مطلقا بخلاف الارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان قال رحمه الله (وله أن يعمل فيها كل شئ) لما ذكرنا انها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الاطلاق وله أن يسكن غيره معه أو منفردا لان كثرة السكان لا تضر بها بل تزيد في عمارتها لان خراب المسكن بترك السكن وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان لانه من تمام السكنى وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب لان ذلك كله من توابع السكنى وبه تتم السكنى وذكر في النهاية أنه لا يدخل الدواب في عرفنا لان المنازل بخوارزم تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة قال رحمه الله (الا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) لان في نصب الرحا واستعمالها في هذه الاشياء ضررا ظاهرا لانها توهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة والمراد بالرحا رحا الماء أو رحا الثور وأما رحا اليد فلا يمنع من النصب فيها لان هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا تكسير الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لانه لا يوهن البناء وان زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك الا برضا صاحب الدار وعلى هذا ينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل فان القليل منه لا يستغنى عنه وقد جرت العادة بأن يدق أهل كل دار ثيابهم في منازلهم ولا يوهن ذلك التقدير منه البناء فحاصله ان كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها الا باذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جاز له بمطلق العقد واستحقه به ولو أقعد الحداد وانهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا أجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس أن لا يجب لان هذا العمل غير داخل تحت العقد والخلاف فيه قبل العقد وبعده سواء وجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفيا المعقود عليه فيجب عليه الاجر بشرط السلامة وقد تم

(قوله ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك) أي فقال المستأجر استأجرتها بالحدادة والآجر يقول للسكنى دون الحدادة اهـ
(قوله أو يقول على أن يزرع الخ) أما اذا قال على أن يزرع فيها ما شاء جاز العقد بلا بيان النوع لان عدم الجواز كان لدفع الضرر فاذا رضي صاحب الارض بذلك جاز لان المنفعة في جمعه معلومة ثم لما جاز استئجار الارض للزراعة وصح دخل الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بالارض اذا لم يدخل الشرب والطريق فيدخلان ليتحقق الانتفاع بخلاف ما اذا باع الارض أو البيت حيث لا يدخل الطريق والشرب الا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه وهذا لان المقصود من البيع هو تملك الرقبة لا الانتفاع بعينها ولهذا يجوز بيع الجحش الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الارض السبخة ولا يجوز اجارتهما لعدم الانتفاع وقد مر بيانه في باب الحقوق وهو المراد من قوله وقد مر في البيوع قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وكان الفقيه أبو جعفر يقول اذا كانت الاجارة في بلدنا فالشرب لا يدخل في الاجارة بغير شرط لان الناس يتولون بالماء على الانفراد فلا يجوز أن يدخل فيها الا بالشرط وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن استأجر حانوتا ولم يسم ما يعمل فيه فله أن يعمل فيه ما بدا له (قوله ولو زرعها بعد ذلك) يعني نوعا من الانواع ومضت المدة ففي القياس يجب أجر المثل لانه استوفى أجر المثل بحكم عقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز اهـ كاكي (قوله وينقلب العقد صحيحا) أي لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لما أن الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الحالة كالارتفاع وقت العقد فيعود جائزا وكذا لو استأجر ثوبا للبس ولم يعين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس في اللبس فان عين اللابس بعد ذلك يجوز استحسانا لما ذكرنا كذا في الذخيرة وجامع قاضيخان اهـ كاكي (قوله والقياس أن يقلع الخ) وحاصل ذلك أن في حق البناء والغرس اتحد الجواب في الصور الثلاث وهي الاجارة والعارية والغصب حيث يجب عليهما القلع والتسليم فارغا وفي الزرع اختلف الجواب ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال لانه متعد في الزراعة وفي الاجارة يترك الى وقت الادراك استحسانا بأجر المثل وفي العارية المؤقتة وغير المؤقتة لا يأخذها صاحبها الى أن يستحصد الزرع استحسانا لانه ما كان متعديا في الزراعة بجهة العارية ولادراك الزرع نهاية معلومة فيترك قالوا وينبغي أن يترك بأجر المثل كما في الاجارة نظرا للجانبين الكل من المبسوط اهـ كاكي

ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل عليها أحد عشر وسلمت الدابة فانه يجب عليه الاجر كذا هذا ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لانه لو أنكر الاجارة كان القول له فكذا اذا أنكر نوعا من الانتفاع ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولى لانها تثبت الزيادة قال رحمه الله (والاراضي للزراعة ان بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما شاء) لان منفعة الارض مقصودة وقد جرت العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها علا غير أن ما يزرع فيها متفاوت فمنه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فلا بد من بيانه أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء كي لا يفضي الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل على أن يزرعها ما شاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس كما اذا اشترى بخمر أو خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت في وقت الزراعة كفى وصار كأن الجهالة لم تكن فعادت صحيحة ولهذا لو استأجر ثوبا ولم يبين اللابس ثم ألبس شخصا عادت صحيحة لما ذكرنا وللمستأجر الشرب والطريق لان الاجارة تنعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة دون الانتفاع في الحال ولهذا جاز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق على ما مر في البيوع قال رحمه الله (وللبناء والغرس) أي جاز استئجار الارض للبناء ولغرس الاشجار لانها منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة فتصح كما لو استأجرها للزراعة قال رحمه الله (فان مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة) أي اذا مضت مدة الاجارة قلع البناء والغرس وسلم الارض الى المؤجر فارغة لانه يجب عليه تسليمها الى صاحبها غير مشغولة ببنائه وغرسه وذلك بقلعهما في الحال لانهما ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان اليها وفي تركهما على الدوام بأجر أو بغير أجر يتضرر صاحب الارض فيتعين القلع في الحال بخلاف ما اذا استأجرها للزراعة فانقضت مدة الاجارة والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله الى أن يستحصد بأجر المثل لان له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين فيه وبخلاف ما اذا مات أحد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك حيث يترك بالمسمى على حاله الى أن يستحصد الزرع وان بطلت الاجارة به لان للزرع نهاية على ما بينا فاذا وجب تركه لدفع الضرر كان تركه بالمسمى وابقاؤه على ما كان أولى اذ لا فائدة في نقض العقد واعادته على ما كان بخلاف ما اذا غصب أرضا وزرعها حيث يؤمر بالقلع وان كان له نهاية لانه ابتداء فعله وقع ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقريره والمستعير كالمستأجر حتى اذا رجع المعير قبل أن يستحصد الزرع يبقى بأجر المثل الى أن يستحصد دفعا للضرر عنهما ورعاية لحقهما والقياس أن يقلع

في الصوركلها لان الارض ملكه فلا تؤجر بغير اذنه كما في البناء والغرس ووجه الاستحسان وهو الفرق بين البناء والغرس وبين الزرع قد بيناه قال رحمه الله (الا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه) يعني عند مضي المدة يجب عليه قلع البناء والغرس على ما بيناه الا أن يغرم له المؤجر قيمة البناء أو قيمة الغرس مقلوعا هذا اذا كانت الارض تنقص بالقلع لان الواجب دفع الضرر عنهما فاذا كانت أرضه تنقص بالقلع تضرر به فكان له دفع هذا الضرر بدفع القيمة الى المستأجر وينفرد به لان المستأجر لا يتضرر بذلك اذ الكلام في مستحق القلع والقيمة تقوم مقامه وان كانت الارض لا تنقص بالقلع وأراد أن يضمن له قيمته ويكون له البناء فليس له ذلك الا برضا صاحبه لاستوائهما في ثبوت الملك وعدم ترجح أحدهما على الآخر فلا بد من اتفاقهما في الترك بخلاف القلع حيث ينفرد به أحدهما في هذه الحالة دون الآخر على ما بينا في العارية قال رحمه الله (أو يرضى بتركه ويكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا) لان الحق لرب الارض فاذا رضي باستمراره على ما كان بأجر أو بغير أجر كان له ذلك قال رحمه الله (والرطبة كالشجر) لان الرطبة لا نهاية لها كالشجر فتقلع عند انتهاء مدة الاجارة كما يقلع الشجر قال رحمه الله (والزرع يترك بأجر المثل الى أن يدرك) أي يترك الزرع بأجر المثل اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه لان له نهاية معلومة وقد ذكرناه ونظائره والفرق بينه وبين البناء والغرس آنفا قال رحمه الله (والدابة للركوب والحمل والثوب للبس) يعني يجوز استئجار هذه الاشياء لما ذكرنا لان لها منافع معلومة ويعتاد استئجارها فجاز كسائر الاعيان المعهودة قال رحمه الله (وان أطلق أركب وألبس من شاء) أي ان أطلق له الركوب أو اللبس جاز أن يركب الدابة ويلبس الثوب والمراد بالاطلاق أن يقول على أن يركبها من شاء أو يلبس الثوب من شاء لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين أو بأن يشترط أن يفعل ما شاء على نحو ما ذكرنا في الزراعة اذ كل واحد منهما يختلف فلا فرق بينهما وهذا لان الركوب والحمل واللبس يختلف كل واحد منها اختلافا فاحشا فاذا لم يعين له فيها وخالف يضمن اذا هلكت العين ولا أجر له كما في الزراعة وذكر هذا المعنى في المبسوط وفي الذخيرة وشرح الطحاوي والمغني وذكر التأويل الذي ذكرناه في الكافي وفي الخلاصة ولو لم يبين ولم يقل أن يفعل فيها ما يشاء فسدت الاجارة للجهالة فلو أركبها أو ركب بنفسه أو ألبس أو لبس وجب عليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد وجه الاستحسان أن المفسد هو الجهالة التي تفضي الى المنازعة قد زال فيزول الفساد لانا نجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه اذا هلكت العين لانه غير متعد لعدم المخالفة سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف ما اذا عين لمن يلبس ومن يركب فألبس أو أركب غيره حيث يضمن لانه صار مخالفا ولو قال على أن يركب أو يلبس من شاء فأركب غيره أو ركب بنفسه ليس له أن يركب أو يلبس غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كأنه نص عليه من الابتداء ذكره في الكافي قال رحمه الله (وان قيد براكب ولابس فخالف ضمن) لان التقييد مفيد

(قوله في المتن وان أطلق أركب وألبس من شاء) اعلم أولا أنه اذا استأجر دابة للركوب ولم يسم من يركبه لا تصح الاجارة وكذا اذا استأجر ثوبا للبس ولم يبين من يلبسه وكذا اذا استأجر قدرا للطبخ ولم يسم ما يطبخ فيها وكذا اذا استأجر أرضا للزراعة ولم يسم ما يزرع فيها وقد روينا ذلك عن شرح الطحاوي عند قوله ويجوز استئجار الارض للزراعة فبعد ذلك ان قال قائل كيف قال القدوري هنا فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء قلت المراد من الاطلاق التعميم في الاجارة بدون التقييد بركوب شخص بأن قال آجرتكها على أن تركب من شئت ولهذا قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره انما يريد به اذا وقع العقد على أن يركب من شاء وذلك لانه اذا أطلق الركوب فعقد الاجارة فاسد لان الركوب يختلف اختلافا كثيرا فصار الركوبان من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولا فلا يصح العقد فان قال تركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانا انما منعنا من صحته لما لحق المالك الضرر الذي يحصل في بعض الركوب فاذا رضي به صار المعقود عليه معلوما فجاز كما في الارض اذا قال على أن يزرع فيها ما شاء ثم اذا فسدت الاجارة في اطلاق الركوب واستعملها قبل الفسخ يعين أول الراكب وكذا في الثوب ونحوه اهـ اتقاني (قوله أو بأن يشترط أن يفعل ما شاء الخ) ولو استأجر قميصا ليلبسه الى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والاذن في اللبس كان بحكم العقد اهـ بدائع ومنها استأجرها ليركبها الى موضع عينه فركبها الى مكان آخر يضمن اذا هلكت وان كان الثاني أقرب من الاول لانه صار مخالفا لاختلاف الطرق الى المكان فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجرة عليه لما قلنا ولو ركبها الى ذلك المكان الذي عينه لكن من طريق آخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لم يضمن لانه لم يصر مخالفا وان كانوا لا يسلكونه يضمن اذا هلكت لانه يصير مخالفا غاصبا بسلوكه وان لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر اهـ (قوله لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد) ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد اهـ

(قوله لتفاوت الناس فى الركوب) أى فى العلم بالركوب فرب خفيف يكون ركوبه أضر على الدابة لجهله ورب ثقيل لا يضر ركوبه بالدابة لعلمه اهـ اتقانى (قوله فيضمن) أى اذا عطب وان سلم لم يجب الاجر أيضا وفى الحانوت ليس له أن يقعد فيه القصار والحداد والطحان ولو أقعد صار مخالفا ويضمن قيمته اذا عطب وان سلم تجب عليه الاجرة لانه لما سلم تبين أنه لم يخالف وأنه مما لا يوهن الدار ولا يشبه الدابة والثوب كذا فى شرح الطحاوى اهـ اتقانى قوله وان سلم تجب الاجرة أى استحسانا لا قياسا كما قرره الشارح فى الورقة الماضية والله الموفق اهـ (قوله وعند أبى يوسف هو كاللبس) فلو استأجر فسطاطا ودفعه الى غيره اجارة أو اعارة فنصبه وسكن فيه فهلك ضمنه عنده اهـ (قوله كالشعير والسمسم) قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى مثل الحنطة فى الضرر ويرجع قوله والسمسم الى قوله أقل وليس ذلك بشئ لان الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت (١١٦) فلو كان مثلا لها لم يضمن كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل لم يضمن بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله أقل والاصل هنا ما ذكره القدورى فى شرحه مختصر الكرخى أن من استحق منفعة متقدّرة بالعقد فاستوفى تلك المنفعة أو مثلها أو أقل منها جاز وان استوفى أكثر منها لم يجز وذلك لان التعيين فى العقود يجب حكمه اذا كان له فيه فائدة واذا لم يكن له فيه فائدة سقط التعيين ألا ترى أنه لو استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة زيد فحمل عليها قفيزا من حنطة عمرو وهما متساويان فى الصفة جاز لان الضرر على الدابة واحد فاذا استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها كيلا آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها جاز لانه استوفى مثل ما سماه وكذلك لو استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان فى الضرر بالارض فان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير جاز لان الشعير أقل لخفته فقد استوفى أقل مما شرط وعلى هذا اذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا فزرع نوعا آخر ضرره أقل من المسمى فان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من شعير فحمل عليها قفيزا من حنطة ضمن لانه أكثر مما شرطه واستحقاق المنفعة استحقاق لما دونها وليس باستحقاق لما زاد عليها وأما ما تختلف منفعته لا للثقل كن استأجر دابة ليحمل عليها مائة من من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا أو أقل ضمن لان الضرر ههنا ليس للثقل لكن للجنس ألا ترى أن القطن ينبسط على ظهرها والحديد يجتمع فى مكان واحد وعلى هذا اذا استأجرها ليركبها هو فركبها من هو مثله فى الثقل أو أخف ضمن لان اختلاف الركوب ليس هو بالثقل وانما هو بالحذق فى الركوب ألا ترى أن ثقيل البدن الذى يحسن الركوب لا يضر بالدابة والخفيف الذى لا يحسن الركوب يضربها كذا ذكر القدورى فى شرحه اهـ اتقانى (قوله فكان أضر عليها الخ) ولو خالف فى القدر بان قال عشرة مخاتيم حنطة فحمل خمسة عشر مختوما فهلك يضمن ثلث قيمتها لانه فى مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حمل بالاذن وفيما زاد بغير الاذن فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك اهـ دراية

لتفاوت الناس فى الركوب واللبس فيعتبر فاذا خالف صار متعديا فيضمن قال رحمه الله (ومثله ما يختلف بالمستعمل) أى يضمن مثله فى كل شئ يختلف باختلاف المستعمل اذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا من المعنى قال رحمه الله (وفيما لا يختلف به بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره) يعنى فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى اذا شرط سكنى رجل بعينه فى الدار له أن يسكن غيره لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحدادة ونحوها خارج بدلالة العادة على ما مرّ والفسطاط كالدار عند محمد رحمه الله لانه للسكنى مثل الدار وعند أبى يوسف رحمه الله هو كاللبس لاختلاف الناس فى نصبه وضرب أوتاده واختيار مكانه قال رحمه الله (وان سمى نوعا وقدرا ككر بر له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح) يعنى لو سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل كر من بر فله أن يحمل عليها ما هو مثله وأخف منه فى الضرر كالشعير والسمسم وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه كالملح لانه اذا رضى بشئ يكون راضيا بكل ما هو مثله أو دونه دلالة دون ما هو أضرّ منه والقياس أن يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان لانه متصرف بالامر فليس له أن يخالف ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم لو باع بألف دينار لا ينفذ بيعه وجه الاستحسان أن التقييد انما يعتبر أن لو كان مفيدا ولا فائدة فى هذه المسئلة فى التقييد بكر حنطة ومنع كر من شعير بل الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز حتى لو سمى مقدارا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك الوزن ضمن لان للتقييد به فائدة لان الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فصار كما لو حمل عليها مثل وزنه تبنا هكذا ذكره فى النهاية وعزاه الى المبسوط ثم قال ذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه أنه لا يضمن استحسانا وقال وهو الاصح لان ضرر الشعير فى حق الدابة عند استوائهما وزنا أخف من ضرر الحنطة لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فيكون أخف عليها بالانبساط قال وبه كان يفتى الصدر الشهيد ولو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا أو ملحا أو آجرا يضمن لانه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها فيضرها أكثر وكذا اذا حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر من الحنطة وفيه حرارة أيضا فكان أضرّ عليها من الحنطة فصار كما اذا حمل عليها تبنا أو حطبا فحاصله أن الشيئين متى كان

في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الاذن في أحدهما الاذن في الآخر وان كان هو أخف ضررا من وجه آخر قال رحمه الله (وان عطبت بالارداف ضمن النصف) ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم بالعدد كالجناة في باب الجنايات هذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الاثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها ذكره في الكافي قالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وأما اذا كان صغيرا لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله وقال في النهاية وقوله عطبت بالارداف تقييد به احترازا عما اذا حمل الراكب على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة ذكره في النهاية وقال يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملهما ثم ذكر في المختصر أنه يضمن نصف القيمة ولم يذكر كم يجب عليه من الاجر قال في النهاية وفي المحيط أنه يجب عليه جميع الاجر اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده (١) ونصف القيمة ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا قال رحمه الله (وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد) اى

(قوله في المتن وان عطبت بالارداف ضمن النصف) أي سواء كان أخف أو أثقل اهـ اتقاني فان قيل ينبغي أن يضمن كل القيمة لانه كما لو استأجرها ليركبها بنفسه وفي مثله لو أركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة وههنا وجد إركاب الغير مع ركوبه بنفسه فركوبه بنفسه ان لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الاركاب ينبغي أن لا يوجب نقصان ضمان منه وكذا ينبغي أن لا يجب عليه الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وههنا يجب عليه نصف الضمان فينبغي أن لا يجب عليه نصف الاجر قلنا انما ينتفي الاجر عند وجود الضمان اذا ملكه بالضمان بطريق الغصب لانه لا أجر في ملكه وههنا لم يملك بهذا الضمان شيئا مما شغله بركوب نفسه ويجب المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله غيره ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه لما بينا أن الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته فلهذا وزع الضمان نصفين وهذا هو الجواب عما سأل بقوله فان قيل قد تقرر عليه ضمان نصف القيمة وقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي ان لا يلزمه نصف الاجر والجواب عن قوله وفي مثله لو أركب غيره يجب ضمان كل القيمة أنه اذا أركب غيره فهو مخالف في الكل واذا ركبها بنفسه فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره اهـ دراية (قوله لان الدابة لا تتلف بالثقل) بل بالجهل بالركوب اهـ غاية (قوله فتعلق الحكم بالعدد) أي عدد الراكب اهـ وكتب ما نصه الا ان ركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر ليس بمأذون فيه فيضمن النصف اهـ اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال الولوالجي بخلاف ما اذا حمل مع نفسه متاعا فهلكت فانه يضمن بقدر ما زاد من الثقل وذلك لان المعتبر في الامتعة الثقل فيضمن بقدر ما زاد من الثقل وليس تفسير ذلك أن يوزن الرجل والحمول حتى يعرف قدر ما زاد على ركوبه لان الرجال لا تعرف بالقبان وانما يعرف بالرجوع الى أهل المعرفة في هذا الباب فيسئلون أن هذا الحمل بأي قدر يزيد على ركوبه في الثقل لكن هذا اذا لم يركب على الحمل فأما اذا ركب على الحمل يضمن جميع القيمة لانه يجتمع ثقل الحمل والراكب في مكان واحد فيصير أشق على الدابة اهـ (قوله كالجناة في باب الجنايات) الجناة جمع الجاني كالقضاة جمع القاضي والغزاة جمع الغازي اهـ وكتب ما نصه قال الاتقاني فيعتبر عدد الراكب ولا يعتبر الثقل والخفة كما لا يعتبر في الجراحة كثرتها وقلتها بل يعتبر عدد الجناة حتى اذا جرح أحدهما جراحة واحدة والآخر تسع جراحات كان الضمان عليهما أنصافا اهـ يعني اذا جرح واحد انسانا جراحة واحدة خطأ والآخر جراحتين أو أكثر فمات المجروح من ذلك فالدية عليهما أنصافا فكذا هنا يعتبر عدد من ركب لا الثقل اهـ اتقاني (قوله ضمن جميع قيمتها) لانه تعدى باتلافها اهـ ولا أجر عليه اهـ اتقاني (قوله ذكره في الكافي) أي وكذا ذكره في البدائع اهـ (قوله اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده) أي لما بينا أنه وجب مقابلا بالمنافع وقد صارت مستوفاة اهـ ق (قوله ثم للمالك الخيار الخ) عزاه الاتقاني للذخيرة اهـ وكتب على قوله ثم للمالك الخيار ما نصه في التضمين اهـ اتقاني وكتب أيضا ما نصه وهذا اذا أردفه حتى صار الاجنبي كالتابع له فأما اذا أقعده في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شيء من الاجر لانه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامنا والاجر لا يجامع الضمان الى هنا لفظ شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اهـ ق (قوله وان شاء الراكب) أي وهو المستأجر اهـ (قوله والرديف يرجع) أي على الراكب اهـ (قوله والا) أي بأن كان مستعيرا اهـ (قوله في المتن وبالزيادة الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي الذي هو مبسوطه فاذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له فليس له أن يحمل عليها مثل ذلك من حنطة غيره لان هذا لا يتفاوت في حق الحمل وان حمل عليها أحد عشر مختوما من حنطة فبلغت المكان الذي سماه ثم عطبت من ذلك فعليه الكراء كاملا وعليه جزء من أحد عشر جزءا من قيمة الدابة بقدر ما زاد عليها لان التلف حصل بفعل الكل وبعضه مأذون وبعضه غير مأذون فيسقط حصة الحمل المأذون ويجب حصة الباقي ولان كل جزء

(١) قول الشارح ونصف القيمة هكذا في النسخ وعبارة العيني ونصفها أي الاجرة انما كان قبله اهـ كتبه مصححه

من أجزاء الثقل لا يصلح علة بنفسه وانما يصلح عند الاجتماع وعند الاجتماع صار الكل علة واحدة فيتوزع الضمان على أجزائها بخلاف الجراحات لان كل واحدة بانفرادها تصلح علة وقد ذكرنا في الجنايات أن صاحب العلة وصاحب العلل سواء في الحكم كما لو جرح أحدهما سبع جراحات وجرح الآخر جراحة واحدة ومات كان الضمان عليهما أنصافا وقال ابن أبي ليلى عليه قيمتها تاما ولا أجر عليه وقال في تتمة الفتاوى استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فجعل في الجوالق عشر بن مختوما وأمر المكارى أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكرى في الحمل لا ضمان عليه أصلا اذا هلكت الدابة ولو حملاه جميعا يعني المكارى والمستكرى ووضعاه على الدابة يضمن المستكرى ربع القيمة وان كانت الحنطة في الجوالقين فحمل كل واحد منهما جوالقا ووضعاهما على الدابة جميعا لا يضمن المستأجر شيئا ويجعل حمل المستأجر بما كان مستحقا بالعقد والثقل بكسر الثاء وفتح القاف خلاف الخفة والثقل بكسر الثاء وسكون القاف الحمل والثقل بفتحتين متاع المسافر وانما قيل (١١٨) للجن والانس الثقلان لانهما قطان الارض فكأنهما ثقلاها اه اتقانى (قوله

اذا استأجرها ليحمل عليها شيئا مقدرا فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن ما زاد الثقل لانها هلكت بما أذون فيه وغير مأذون والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كانت الدابة لا تطيق مثله فيجب عليه جميع قيمتها لعدم الاذن فيه فيكون اهلاكا أو جب الضمان هنا بحساب الزيادة اذا كانت الدابة تطيق ذلك وان حمل عليها جنسا آخر غير المسمى أوجب جميع القيمة وكذا لو استأجر ثورا ليطحن حنطة مقدرة فزاد لم يوجب بحساب الزيادة بل أوجب جميع القيمة لان الدابة هلكت بغير المأذون فيه فيهما فيجب عليه جميع القيمة وفيما اذا زاد عليها من جنس المأذون فيه هلكت بالمجموع فتسقط حصة المأذون ويجب بقدر ما تعدى حتى لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها فعطبت يضمن جميع قيمتها لانها هلكت بالزيادة وحدها قال رحمه الله (وبالضرب والكبح) أي يضمن بهما اذا هلكت وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا معتادا لان المتعارف يدخل تحت المطلق فكانت هالكة بالمأذون فيه ولابي حنيفة رحمه الله أن الاذن مقيد بشرط السلامة اذ السوق يتحقق بدونه وانما يضرب للمبالغة فصار كضرب الزوجة والمرور على الطريق بخلاف ضرب القاضي الحد أو التعزير أو فصد الفصاد حيث لا يضمن اذا هلك به لان الحد والتعزير واجب عليه وكذا الفصد لالتزامه بعقد الاجارة والضمان لا يجب بالواجب وهذا بخلاف ما اذا ضرب العبد المستأجر حيث يضمن بالاتفاق والعذر لهما أنه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة الى الضرب وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الاب والوصي الصغير اذا لم يتجاوز ضرب مثله للتأديب حتى تجب الدية والكفارة عنده وعندهما لا تجب الدية لان الضرب لاصلاح الصغير فكان معينا به اذ منفعته عائدة عليه وهو مأجور عليه فصار كضرب المعلم اياه بل أولى لان المعلم ليس له ولاية الضرب وانما يستفيده منه بخلاف الزوج يضرب امرأته لانه مطلق له لمنفعة نفسه فصار كالرمي الى الصيد فيشترط فيه السلامة ولابي حنيفة رحمه الله أن منفعة الصغير كالواقع له لقيام البعضية بينهما ألا ترى أن شهادته له جعلت كشهادته لنفسه ووضع الزكاة فيه كوضعه في نفسه بخلاف ضرب المعلم باذن الاب لان الاذن بالضرب صح من الاب لما فيه من ولاية ضربه تأديبا واذا صح كان المعلم معينا للاب اذ لا منفعة للمعلم فيه ولا ضمان على المعين ولا ضمان على الاب أيضا فيما

يضمن الخ) هذا اذا حمل الأكثر دفعة واحدة أما اذا حمل المسمى ثم حمل الزيادة فهلكت يضمن جميع قيمتها كما في مسئلة الطحن اه كاكى قوله يضمن جميع قيمتها أي ويستفاد هذا من قول الشارح رحمه الله حتى لو حملها المسمى وحده الخ اه (قوله ما زاد الثقل) أى وعليه الاجر لانه حمل المعقود عليه ولا أجر في الزيادة لانها استوفيت من غير عقد اه بدائع (قوله مقدرة) أي كعشرة مخاتيم مثلا اه (قوله فزاد) أى بأن طحن أحد عشر مختوما مثلا اه (قوله لان الدابة هلكت الخ) فان أن الطحن يكون شيأ فشيأ فكما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن

مخالف في جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن مالكها فيضمن جميعها أما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل ضرب بالاذن وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان كذا في المبسوط اه دراية (قوله في المتن والكبح) يقال كبحه باللجام اذا رده به كذا في الجمهرة اه (قوله وقالا لا يضمن) أي استحسانا اه اتقانى وكتب على قوله وقالا لا يضمن ما نصه أي وبه قال الشافعي ومالك وأحمد واسحق وأبو ثور اه كاكى ونقل في التتمة عن باب ميراث القاتل من فرائض شمس الائمة السرخسي رحمه الله الاصح أن أبا حنيفة رجع الى قولهما اه اتقانى (قوله فصار كضرب المعلم اياه) قال في الفتاوى الصغرى معلم ضرب الصبي باذن الاب أو الوصي لم يضمن وهما لو ضربا يضمنان في اجارة العيون وفي القدوري المعلم أو الاستاذ اذا ضرب الصبي بغير اذن الاب أو الوصي ضمنا ولو ضرب باذنهما لا يضمنان والاب أو الوصي اذا ضربه للتأديب فمات ضمنا عند أبي حنيفة خلافا لهما اه اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله وقال في الفتاوى الصغرى أيضا قال أبو سليمان اذا ضرب ابنه على تعليم القرآن أو الادب فمات قال أبو حنيفة تجب الدية ولا يرثه وقال أبو يوسف لا شئ عليه ويرثه ولو ضرب امرأته على المضجع فماتت يضمن ولا يرثها في قولهما لانه ضربها لمنفعة نفسه بخلاف الاب مع الابن

ضرب المعلم لان ما رأى من التأديب لم يصر منقولا اليه لان يصح بقدر ما علك والزائد من المعلم وهو
نظير ما لو رجع شهود الزنا بعد ما جرحته السياط لا يضمن الامام لانه معين ولا يضمن الشهود لان الجرح
لم يجب بشهادتهم قال رحمه الله (ونزع السرج والايكاف أو الاسراج بما لا يسرج بمثله) معناه لو اكترى
حمارا بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر أو أوكفه ضمن جميع قيمته لان الاذن
لم يتناول ما لا يسرج بمثله الحمر ولا خلاف في جنس السرج فيكون متعديا بالاسراج والايكاف فيضمن
جميع قيمته وان أسرجه بسرج تسرج بمثله الحمر لا يضمن لان الاذن قد تناوله اذ لا فائدة في التقييد
بالمعين الا اذا كان زائدا في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة بحسابه وقالا الاكاف كالسرج حتى لا يضمن
اذا كان بمثله توكف الحمر اذا كان زائدا على السرج الذي كان عليه فيضمن الزيادة بحسابه كما في
السرج لانه هو والسرج سواء فاذا رضي بالسرج يكون راضيا بمثله من الاكاف وجوابه ما ذكرنا أن
الجنس مختلف لان الاكاف للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط
الآخر فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد وقال في النهاية ذكر هذه المسئلة في الاجارات فقال يضمن
بقدر ما زاد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ثم قال من مشايخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف
الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لم يذكر في الجامع الصغير أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال
هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان المطلق محمولا على المقيد ومنهم من قال عن أبي حنيفة رحمه الله
روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام
وهو الاصح وتكلموا على معنى قولهما انه يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبي حنيفة رضي الله
عنه فمنهم من قال انه مقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف
قدر أربعة أشبار فيضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن قال رحمه الله (وسلوك طريق غير ما عينه
وتفاوتا) أي يجب الضمان اذا عين للمكاري طريقا وسلك هو غيره وكان بينهما تفاوت بأن كان المسلوك
أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلك لان التقييد صحيح لكونه مفيدا فاذا خالف فقد تعدى فيضمن
قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ فله الاجر استحسانا لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الاجرة والضمان
لانهما في حالتين لانه على تقدير السلامة يجب الاجر وعلى تقدير التلف يجب الضمان والمحظور
اجتماعهما في حالة واحدة ونظيره العبد المحجور عليه اذا آجر نفسه فان تلف في العمل يجب على
المستأجر الضمان وان سلم وجب عليه الاجر وان كان يسلكه الناس وهلك المتاع فلا ضمان عليه لان
الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت وقال في الكافي والهداية هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت
لانه عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفائدة أما اذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد
بخلافه كالطريق الذي لا يسلكه الناس قال رحمه الله (وحمله في البحر الكل وان بلغ فله الاجر)
أي يضمن جميع قيمته بحمله في البحر ان هلك القماش وان سلم فله الاجر وقوله الكل عائد على المسائل
التي تقدمت كلها من عند قوله وبالضرب والكبح الى هنا لان الواجب في جميعها جميع القيمة

(قوله فحينئذ يضمن الزيادة) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي ولو تكارى حمارا عريانا فأسرجه وركبه فهو ضامن له وقال
الكرخي في مختصره ولو اكترى حمارا عريانا فأسرجه ثم ركبه كان ضامنا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا
اذا كان حمارا لا يسرج مثله عادة أما اذا كان يسرج ويركب بالسرج فلا ضمان عليه لان المقصود هو الركوب والسرج آلة له فلا
يختلف بوضع السرج عليه وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد فصل (١٢١) أصحابنا هذا وقالوا اذا استأجره ليركب
الى خارج المصر لم يضمن لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف فلما آجره كذلك فقد أذن له من طريق المعنى وقالوا وان استأجره ليركبه في المصر وهو من ذوي الهيآت فله أن يسرجه لان مثله لا يركب من غير سرج وان كان من دون الناس فأسرجه ضمن لان مثله يركب في البلد من غير سرج والسرج أثقل على الدابة ثم اذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير اختلفوا فيه والصحيح أنه يضمن جميع القيمة لانه ذكر الضمان مطلقا فينصرف الى الكل وانما كان كذلك لانه خالف صورة ومعنى أما صورة فظاهر لانه أذن له أن يركبها عريانا وقد ركبها مع السرج وأما معنى فلان الركوب على السرج أشد على الدابة لان ثقل الراكب والسرج يجتمع في مكان واحد قلت ينبغي أن يكون الاصح ضمان قدر الزيادة لانه استأجره عريانا فأسرجه فكان
السرج كالحمل الزائد على الركوب ألا ترى أنه ذكر في الاصل اذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فركب وحمل معه حملا يضمن قدر الزيادة
وان عطبت فكذا هذا لان السرج صار كزيادة الحمل وقال الكرخي في مختصره وان لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثله
يلجم بذلك اللجام وكذلك اذا أبدله وذلك لان الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلا يضمن باللجام اه اتقاني (قوله وقالا الاكاف
كالسرج حتى لا يضمن اذا كان بمثله توكف الحمر الا اذا كان زائدا) كتب على قوله وقالا ما نصه قال في العيون والفتوى على قولهما اه
حقائق (قوله وقيل يعتبر بالوزن) أي حتى اذا كان السرج منوين والاكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها اه حقائق

وانما ضمن فيما اذا حمله في البحر لان التفاوت فيه فاحش ولهذا ليس للمودع أن يسافر بالوديعة في البحر ولو سلم يجب المسمى استحسانا لحصول المقصود وارتفاع الخلاف قال رحمه الله (وبزرع رطبة وأذن بالبر ما نقص) أي اذا أذن له أن يزرع الارض حنطة يجب عليه ضمان نقصان الارض بزرع الرطبة لان الرطبة أكثر ضررا بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما اذا استأجر دابة للركوب أو للحمل فأردف معه غيره أو زاد على المحمول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لانها تلفت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه فيجب عليه بقدر ما تعدى وهذا لانه استوفى المشروط وزاد فيجب عليه بسبب الزيادة الضمان وهنا لا يمكن أن يجعل مستوفيا لمنفعة الارض بقدر زراعة الحنطة ثم زاد عليه لان الجنس مختلف وانما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنس ألا ترى أنه لو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا أو ملحا مثل وزنه يضمن كل القيمة لما قلنا وهو نظيره قال رحمه الله (ولا أجر) أي لا يجب الاجر لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا تجب الاجرة به وانما تجب بالاستيفاء بعقد الاجارة وهما لا يجتمعان لاستحالة أن يكون الشيء الواحد مأذونا فيه وغير مأذون فيه ولهذا لا يجتمع الضمان والاجرة وان زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا قال رحمه الله (وبخياطة قباء وأمر بقميص قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله) معناه اذا أمره أن يخيط له ثوبه قميصا يجب عليه ضمان قيمته اذا خاطه قباء وان شاء أخذ القباء ودفع له أجر مثله قيل أراد بالقباء القرطق وهو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد وقال ظهير الدين القميص اذا قد من قبل كان قباء طاق وقباء طاق اذا خيط جانباه كان قميصا وهو المراد بالقرطق لانه يستعمل استعمال القميص والقباء فيثبت له الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة حتما وقيل الجواب يجري على اطلاقه في الكل واطلاقه يدل على ذلك ووجهه أن القباء والقميص متقاربان في المنفعة واجزاؤهما واحد وهي الكم والذيل والدخريص وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب رواه الحسن عنه لان القباء جنس آخر غير جنس القميص فصار مخالفا من كل وجه فبقي غاصبا محضا ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لانه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع والقالب فيميل الى أيهما شاء فان مال الى الخلاف ضمنه قيمته وصار الثوب للخياط وان مال الى الوفاق يأخذ القباء ويعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لان صاحب الثوب لم يرض بالمسمى الا مقابلا بخياطة القميص فاذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياط لم يخطه مجانا فيجب عليه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد أو شبهه وليس فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهه فلا يتقوم ولا يجب ولهذا المعنى قلنا لو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه يجب عليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء ضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد ولوجود الموافقة في نفس الخياطة فصار كما اذا دفع الى رجل نحاسا فأمره بان يضرب له شبها من الاواني فضرب له خلافه فانه يخير فكذا هذا

باب الاجارة الفاسدة

(قوله وانما ضمن فيما اذا حمله في البحر) (١٣٠) قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اواخر كتاب الشروط من مبسوطه ولو استأجره لحمله بنفسه فحمله على دوابه أو عبيده أو على غيرهم وذهب معه حتى بلغه ذلك المكان فله الاجر استحسانا لحصول المقصود لان المقصود حمل الطعام وقد أوفاه كما التزم وليس هو مخالفا لانه ما فارق الطعام حين ذهب معه ولا أخرجه من يده فلا يكون مخالفا وكذلك ان اشترط له طريقا فحمله في طريق آخر لان المقصود حمل الطعام الى المكان المشروط في أي الطريقين حمله وان حمله في البحر ضمنه ان غرق لانه عرضه للتلف فان الغالب من حال راكب البحر أنه على شرف الهلاك مع ما معه وان سلم فله الاجر استحسانا وهو بمنزلة ما لو كان الى ذلك الموضع طريقان أحدهما أمن والآخر مخوف فحمله في الطريق المخوف فان تلف كان ضامنا وان سلم يستحق الاجر استحسانا فكذلك هنا لان البحر بمنزلة الطريق المخوف ولهذا لم يكن للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البحر كما ليس له أن يسافر بها في الطريق المخوف اهـ (قوله بان يضرب له شبها) قال في المصباح الشبه بفتحتين ما يشبه الذهب في لونه وهو نحاس أحمر يضاف اليه أشياء ويسبك معها فيكتسب لون الذهب والشبه أيضا والشبه مثل كريم والشبه مثل حمل المشابه اهـ

قال

باب الاجارة الفاسدة

(قوله في المتن يفسد الاجارة الشروط) أى شرط مخالف لموجب العقد كما لو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع ماؤه فالاجر عليه فان موجب العقد أن لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه فكل شرط مخالف لموجب العقد يفسد لان الاجارة تبنى على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا للمنازعة ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشرط لما أنه مبنى على المسامحة ولا يعلم فيه خلاف اه كاكى (قوله لانها بمنزلة البيع) أى فكل ما أفسد البيع أفسدها وأراد بالشروط شروطا لا يقتضيها العقد لا كل شرط كما في البيع ولهذا اذا استأجر دابة الى بغداد بشرط أن يعطيه الاجر اذا رجع من بغداد صح وليس له المطالبة بالاجر الى أن يرجع الا اذا مات ببغداد فحينئذ له أن يأخذ أجر الذهاب والشروط التى تفسدها كاشتراط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو ادخال جذع فى سقفها على المستأجر وكذلك اشتراط كرى نهر فى الارض أو ضرب مسناة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرقنها على المستأجر وكذلك اشتراط رد الارض مكروبة كل ذلك يفسد الاجارة لانه جعل هذه الاعمال من جملة الاجر وانها مجهولة غير معلومة وجهالة بعض الاجر توجب جهالة الباقى فتفسد به الاجارة قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره اذا كان ما وقع عليه عقد الاجارة مجهولا فى نفسه أو فى أجره أو فى مدة الاجارة أو فى العمل المستأجر عليه فالاجارة فاسدة وكل جهالة تدخل فى البيع فتفسده من جهة الجهالة فكذلك هى فى الاجارة الى هنا لفظ الكرخى اه اتقانى رحمه الله مع حذف كلام فى البين اه (قوله ألا ترى أنها تقال) من الاقالة لا من القول اه اتقانى (قوله مثل أن يسمى دابة) مثال لجهالة المسمى اه (قوله أو يستأجر الدار) مثال لجهالة بعض الاجرة اه (قوله وقالوا اذا استأجر دارا الخ) قال الولوالجى رحمه الله فى الكلام على الشروط التى تفسد الاجارة والتى لا تفسد ولو استأجر دارا على أن يسكن وحده كان له أن يسكن غيره لان الناس لا يتفاوتون فى السكنى فسكنى غيره لا يضر بالدار وهذا الشرط لا يفسد العقد لانه لا منفعة لاحد العاقدين فى هذا الشرط ومثل هذا الشرط لا يوجب فساد العقد كما لو اشترى ثوبا بشرط أن لا يلبس ولو استأجر دارا على أن لا يسكنها كانت الاجارة فاسدة لانه شرط شرطا يمنع موجب العقد فيفسد العقد كما لو باع بشرط أن لا يملك المشترى فرق بين هذا وبين الاول والفرق أن ذلك الشرط مما لا يمنع موجب العقد لانه شرط أن يكون هو القابض وحده فصار كما لو باع بشرط أن يقبضه المشترى وحده اه (قوله ويجب عليه ان سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ) فيه نظر وينبغى أن لا يتجاوز المسمى لان فساد الاجارة هنا الشرط المذكور وهو عدم السكنى لا لعدم تسمية الاجرة وكلام الولوالجى السابق وغيره يفصح بذلك وقد قال الولوالجى رحمه الله ما نصه فان استأجر دارا كل شهر بعشرة على أن ينزلها هو وأهله على أن يعمرها ويعطى أجر حارسها ونوائبها فالاجارة فاسدة لما ذكرنا وعليه أجر مثلها فيما سكن بالغا ما بلغ فرق بين هذا وبين سائر الاجارات الفاسدة فان ثمة لا يتجاوز به المسمى والفرق أن فى سائر الاجارات الفاسدة المسمى معلوم القدر فأمكننا تقدير القيمة به لان أصل القيمة للمنافع ثبت بالتسمية فيجب تقديرها بالتسمية ما أمكن وقد أمكن أما ههنا بعض المسمى مجهول لانه اذا لم يحتج الى العمارة والى الحارس ولم تقع نائبة لا يدرى أى قدر يعطيه فكان بعض المسمى مجهولا فلا يمكن تقدير القيمة بجميع المسمى فتجب قيمتها بالغة ما بلغت كما لو كانت جميع المسمى مجهولا اه فقول الولوالجى فرق بين هذا وبين سائر الاجارات الفاسدة الخ يشكل على قول الزيلعى بالغا ما بلغ اه

﴿فرع﴾ وفى الحاصل من شرح الطحاوى فى الاجارة الفاسدة لا يجب الاجر اذا لم ينتفع به عندنا وأحمد وعند الشافعى ومالك يجب أجر المثل بالتمكن من الاستيفاء كالصحيح ولو استأجر شيئا ثم آجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف وقيل يجوز فى العقار عند أبى حنيفة وان آجره بعد القبض يجوز بلا خلاف فلو كانت الاجرة الثانية أكثر لا يطيب له الفضل عندنا والثورى والشعبى والنخعى وابن المسيب وأحمد فى رواية وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وعطاء والحسن والزهرى يطيب لملكه المنفعة بعقد الاجارة وقلنا هذا ربح ما لم يضمن وقد نهى النبى عليه السلام عن ذلك اه كاكى وكتب ما نصه لا يجب الاجر فى الاجارة الفاسدة بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة وانما يجب بحقيقة الاستيفاء بشرط أن يوجد التسليم الى المستأجر من جهة الآجر وفى الاجارة الصحيحة يجب الاجر بمجرد التمكن من الاستيفاء لكن بشرط أن يوجد فى المدة فى المكان الذى أضيف اليه العقد وتمامه فى (٢٩) من فصول العمادى اه (قوله وقال زفر والشافعى) أى وبه قال مالك وأحمد اه دراية (قوله يجب أجر المثل بالغا ما بلغ فى الكل) اهـ لان الاجارة بيع المنافع فتعتبر ببيع الاعيان

قال رحمه الله (يفسد الاجارة الشروط) لانها بمنزلة البيع ألا ترى أنها تقال وتفسخ فتفسدها الشروط التى لا يقتضيها العقد كالبيع وهذا لان المنافع بالعقد يكون لها قيمة وتصير بها مالا فتعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد وأشباهها قال رحمه الله (وله أجر مثل لا يتجاوز به المسمى) هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وان كان لجهالة المسمى أو لعدم التسمية يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل أن يسمى دابة أو ثوبا أو يستأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها أو يرمها وقالوا اذا استأجر دارا على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ وقال زفر والشافعى يجب أجر المثل بالغا ما بلغ فى الكل لان المنافع متقومة عندهما فتجب القيمة بالغة ما بلغت عند

وفى بيع الاعيان اذا فسد تعتبر القيمة بالغة ما بلغت فكذا فى بيع المنافع وهو الاجارة اذا فسد يعتبر أجر المثل بالغا ما بلغ اه اتقانى (قوله ولنا أن المنافع غير متقوّمة بنفسها) أى بحال لانها أعراض لا بقاء لها فكما توجد تتلاشى اه اتقانى (قوله وانما تقوّمت بالعقد شرعا الخ) واذا لم تتقوّم فى أنفسها وجب الرجوع الى ما قوّم العقد به وسقط ما زاد عليه لانهما رضيا باسقاط ذلك اه اتقانى (قوله لكونه تبعا له) والتبع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسد مشروع بأصله دون وصفه اه كاكى (قوله لم يوجد) أى اذا كان المسمى أقل يجب المسمى لاتفاقهما عليه فقد أسقطا الزيادة والاسقاط وان كان فى ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها الرضا بسقوط الزيادة وعدم تقوّم المنافع فى نفسها فلم يظهر التقوّم فيما زاد على ذلك واذا نقص أجر المثل يجب أجر المثل لفساد التسمية اه كاكى (قوله بخلاف المبيع) أى بيعا فاسدا اه (قوله فى المتن كل شهر بدرهم الخ) هكذا ذكروه فى كل المتون والشروح ولم يتعرضوا لحكم سنة هل هو كذلك أم لا وقد صرح به فى نفقات الخانية على سبيل الاستشهاد حيث قال امرأة قالت لزوجها أنت برىء من نفقتى أبدا ما كنت امرأتك ان لم يكن فرض القاضى عليه النفقة كانت البراءة باطلة لانها أبرأته قبل الوجوب وان كان القاضى فرض عليه النفقة لكل شهر كذا فقالت أنت برىء من نفقتى أبدا ما كنت امرأتك صحت البراءة عن نفقة شهر واحد لا غير فلو أبرأته بعد مضى أشهر صحت البراءة عما مضى دون ما بقى كما لو آجر داره كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا فمضى بعض السنة أو بعض الشهر صحت البراءة عن الشهر الاوّل وعن السنة الأولى اه (قوله فى المتن صح فى شهر فقط) أى وفسد فى الباقى اه (قوله الا أن يسمى) أى جملة شهور معلومة اه (قوله وأفراده معلومة) والاصل هنا أن صفة العام اذا لم يمكن اجراؤها على العموم يراد به أخص الخصوص اه اتقانى (قوله لكونه معلوما) فان قيل كما أن الشهر الاوّل معلوم فكذلك الشهر الثانى معلوم فلم خصصتم الاوّل بصحة العقد قلنا انما اختص الاوّل لوجود جزء منه وحصوله بخلاف سائر الشهور حتى اذا سكن ساعة من الشهر الثانى صح العقد عليه أيضا والثالث والرابع مثله اه اتقانى (قوله فتم العقد فيه) فلو أن صاحب هذه الدار حلف أن يؤجرها فتركها فى يد المستأجر وصار يتقاضى الاجرة آخر كل شهر لا يحنث لان الانعقاد فى رأس كل شهر لا يتوقف على اختياره فلا يكون آجرا ولو طلب أجرة شهر لم يسكنه بعد يحنث اه فتاوى الطبرى (قوله وهو القياس) لان رأس الشهر فى الحقيقة هى الساعة التى يهل فيها الهلال فاذا أهل مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ اه كاكى (قوله وبه يفتى) قال الاتقانى قال الصدر الشهيد فى الواقعات فى باب الاجارة الجائزة بعلامة السين والصحيح أن يفسخ فى الليلة الأولى واليوم الاوّل من الشهر الثانى والثالث فان خيار الفسخ انما يثبت له فى أوّل الشهر وأوّل الشهر هذا

تعذر ايجاب المسمى كما فى بيع الاعيان وكما اذا كان الفساد لجهالة الاجر أو لعدم التسمية ولنا أن المنافع غير متقوّمة بنفسها لان التقوّم يستدعى سابقة الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن احرازه فلا يتقوّم وانما تقوّمت بالعقد شرعا للضرورة لشدّة الحاجة اليها واذا فسدت الاجارة وجب أن لا تجب الاجرة لعدم العقد والضرورة لان الصحيح منها كاف فلا حاجة الى الفاسد منها الا أن الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعا له وكانت الضرورة باقية من وجه لان كل أحد لا يهتدى الى الصحيح فمست الحاجة الى الحاقها به فيكون لها قيمة فى قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب فى المسمى بالغا ما بلغ وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهته فلا يتقوّم ويبقى على الاصل بخلاف المبيع لانه متقوّم بنفسه فتجب قيمته بالغة ما بلغت ولا نهاية للمجهول ولا لغير المسمى فيجب بالغا ما بلغ قال رحمه الله (وان آجر دارا كل شهر بدرهم صح فى شهر فقط الا أن يسمى الكل) لان كلمة كل اذا دخلت على مجهول وأفراده معلومة انصرف الى الواحد لكونه معلوما وفسد فى الباقى للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز فى قفيز واحد فكذا هذا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ظاهر لانه سوّى بين البابين وهما وافقاه فى الشهور وأجازا العقد فى الكل فى الصبرة والفرق لهما أن الشهور لا نهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل فلهذا أجازاه فى الكل ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح فى الشهر الثانى والثالث لتعامل الناس لان التعامل المخالف للدليل لا يعتبر ثم اذا تم الشهر كان لكل واحد منهما نقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح بشرط أن يكون الآخر حاضرا وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الآخر وعند أبى يوسف رحمه الله يجوز كأنه بنى على الفسخ بشرط الخيار وقد بيناه فى البيوع وبتسمية جملة الشهور تصير المدّة معلومة فتصح قال رحمه الله (وكل شهر سكن أوّله ساعة صح فيه) لانه صار معلوما فتم العقد فيه بتراضيهما فلا يكون لاحدهما الامتناع عن المضى وهذا قول بعض المشايخ وهو القياس وفى ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار فى الليلة الاولى من الشهر ويومها وبه يفتى لان فى اعتبار الساعة حرجا عظيما والمقصود هو الفسخ فى رأس الشهر وهو عبارة عن الليلة الاولى ويومها عرفا ألا ترى الى ما ذكره محمد رحمه الله فى كتاب الايمان فيمن حلف ليقضين دين فلان رأس الشهر فقضاه فى الليلة التى يهل فيها الهلال وفى يومها لم يحنث استحسانا ولو فسخ فى أثناء الشهر لم

ينفسخ

ينفسخ وقيل ينفسخ به اذا خرج الشهر لانه أمكن توقيفه الى وقت يملك فيه الفسخ وبه كان يقول محمد أبو نصير بن يحيى بن سلام ولو قال في أثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ اذا أهل الشهر بلا شبهة فيكون فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه ولو قدم أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الاجرة فلا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المعجل أجرته لانه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمى في العقد قال رحمه الله (وان استأجرها سنة صح وان لم يسم أجرة كل شهر) يعني بعد ما سمى الاجرة جملة لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فيصح وان لم يبين قسط كل شهر كما اذا استأجر شهرا ولم يبين حصة كل يوم فاذا صح وجب أن تقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان قال رحمه الله (وابتداء المدة وقت العقد) يعني ابتداء مدة الاجارة من وقت العقد لان الاوقات كلها سواء في حكم الاجارة وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي العقد كالاجل واليمين أن لا يكلم فلانا شهرا ولانه لو لم يتعين عقيبه لمدته لصار منكرا مجهولا وبه تبطل الاجارة والظاهر من حاله أن يقصد الصحيح فتعين عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين ولا عقيب النذر لان الاوقات في حقه ليست بسواء فانه لا يجوز في الليل ولا يصير شارعا فيه الا بالعزيمة فلا يتعين عقيب السبب هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين المدة تعين ذلك وهو ظاهر قال رحمه الله (فان كان حين يهل تعتبر الاهلة والا فالايام) يعني اذا وقع عقد الاجارة حين يهل الشهر أو كان أولها بالتعيين كذلك تعتبر شهور المدة بالاهلة وان كان أولها بعد ما مضى شئ من الشهر تعتبر الشهور بالعدد وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله اذا كان ابتداؤها في أثناء الشهر يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير ويعتبر الباقي بالاهلة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان الاهلة هي الاصل في الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ولا يصار الى البدل الا عند تعذر الاصل ولا تعذر الا في الشهر الواحد وهو الاول وقد أمكن تكميله من الاخير فيكمل ويبقى غيره على الاصل وله أنه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالهلال تعذر الباقي أيضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكميله مما يليه والا لزم أن يكون الثاني والثالث وجميع الاشهر التي بعده قبل الاول وهو محال فاذا كمل من الثاني انتقص الآخر فوجب تكميله من الذي يليه وكذا كل شهر الى آخر المدة فوجب اعتباره بالايام ضرورة ونظيره العدة وقد بيناه في الطلاق قال رحمه الله (وصح أخذ أجرة الحمام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام دخل الحمام في الجحفة ولتعارف الناس وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن ومن العلماء من كره الحمام لما روى عن عمارة بن عقبة أنه قال قدمت على عثمان بن عفان فسألني عن مالي فأخبرته أن لي غلمانا وحماما له غلة فكره لي غلة الحجامين وغلة الحمام وقال انه بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت فانه تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن ممنوعات عن الخروج وقد أمرن بالقرار في البيوت فاجتماعهن قلما يخلو عن الفتن وقد روى أن نساء دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت أنتن من اللاتي يدخلن الحمامات وأمرت باخراجهن والصحيح أنه لا بأس ببناء الحمامات للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه لان النساء يحتجن الى الاغتسال مثل الرجال بل حاجتهن أكثر لكثرة أسباب الاغتسال في حقهن من الحيض والنفاس والجنابة واستعمال الماء البارد قد يضر وقد لا يتمكن من الاستيعاب به وازالة الوسخ مقصود وذلك يحصل بدخول الحمام وكراهة عثمان

(قوله وان بين المدة) أي كما اذا آجر داره في رمضان رجلا وهما في رجب يعتبر ابتداء المدة من غرة رمضان اه اتقاني (قوله في المتن فان كان حين يهل) بضم الياء وفتح الهاء أي يبصر اه قارئ الهداية وكتب ما نصه قال الاتقاني وفسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل الهلال بقوله أراد به اليوم الاول من الشهر وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل هو أول الليلة الأولى من الشهر اه وكتب أيضا ما نصه قال الاتقاني يجوز على صيغة المبني للفاعل وعلى صيغة المبني للمفعول جميعا قال في الجمهرة هل الهلال وأهل ودفع الاصمعي هل وقال لا يقال الا أهل وأهللنا نحن اذا رأينا الهلال اه (قوله وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوما) أي فالسنة ثلثمائة وستون يوما اه واعلم أني قد كتبت حاشية نافعة من فتح القدير عند قوله في الكنز في أول باب الطلاق وفرق على الاشهر فيمن لا تحيض فلتراجع فانها مهمة في هذا المقام والله الموفق اه (قوله ويعتبر الباقي بالاهلة) أي فيكون عنده أحد عشر شهرا بالاهلة والشهر الواحد بالايام اه (قوله في المتن وصح أخذ أجرة الحمام) أي لان الناس في سائر الامصار يدفعون أجرة الحمام وان كان مقدار ما يستعمل من الماء ليس بمعلوم ولا مقدار القعود فدل اجماعهم على جواز ذلك وان كان القياس يأباه لوروده على اتلاف العين مع الجهالة اه اتقاني

(قوله فى المتن والحجام) قال الاتقانى وأما الحجام فلما روى فى صحيح البخارى مسندا الى ابن عباس قال احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو كان فيه كراهية لم يعطه وفى رواية السنن ولو علمه خبيثا لم يعط. وحدّث صاحب السنن أيضا فى كتاب البيوع والتجارة مسندا الى أنس بن مالك أنه قال حجم أبو طيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه ولانه عمل معلوم أبيح استيفاؤه فجاز أخذ الاجرة عليه كسائر الاعمال فان قلت حدّث صاحب السنن باسناده الى رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كسب الحجام خبيث وثمن الكلب خبيث ومهر البغى خبيث فما الجواب عنه قلت لاشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم فلو كان خبيثا لم يعطه الاجر فيحمل حديث الخبث على الكراهة طبعا من حيث المروأة لما فيه من الخبث والدناءة على أنا نقول ان راويه ليس كابن عباس فى الضبط والاتقان والفقه فلا يعارض الحديث حديث ابن عباس فيعمل بحديث ابن عباس دونه اه (قوله إن من السحت عسب التيس) المراد منه استئجار التيس لينزيه لانه لا يحصل النزو الا بنشاط التيس وليس فى يد العبد احداث النشاط فكان استئجارا على عمل لا يقدر على تسليمه المؤجر اه قال ابن الاثير وفيه أنه نهى عن عسب الفحل عسب الفحل ماؤه فرسا كان أو بعيرا أو غيرهما وعسبه أيضا ضرابه يقال عسب الفحل الناقة يعسبها عسبا ولم ينه عن واحد منهما وانما أراد النهى عن الكراء الذى يؤخذ عليه فان اعارة الفحل مندوب اليها فقد جاء فى الحديث ومن حقها اطراق فحلها ووجه الحديث أنه نهى عن كراء عسب الفحل فحذف المضاف وهو كثير فى الكلام وقيل يقال لكراء الفحل عسب وعسب فحله يعسبه أى أكراه وعسبت الرجل اذا أعطيته كراء ضراب فحله فلا يحتاج الى حذف مضاف وانما نهى عنه للجهالة التى فيه ولا بد فى الاجارة من تعيين العمل ومعرفة مقداره اه (قوله وقال الشافعى يجوز فى كل ما لا يتعين على الاجير) أى حتى لو تعين بأن كان الامام أو المفتى واحدا لا يجوز الاستئجار بالاجماع وبقوله قال مالك وأحمد فى رواية أبى الخطاب عنه وأبو ثور وأبو قلابة ونص أحمد مثل قولنا و بقولنا قال عطاء والضحاك والزهرى والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعى والشعبى اه (قوله وقل من يعلم حسبة) وذكر فى تتمة الفتاوى الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز كالاستئجار لتعليم القرآن فى أول باب القسمة من أدب القاضى وفى الاستئجار لتعليم الحرف روايتان فى رواية المبسوط يجوز وفى رواية القدورى لا يجوز وذكر شمس الأئمة السرخسى فى باب الاجارة الفاسدة أن مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة فى جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن فنحن أيضا نفتى بالجواز الى هنا لفظ التتمة ثم قال فيها استأجر انسانا ليعلم غلامه أو ولده شعرا أو أدبا أو حرفة

وعائشة رضى الله عنهما محمول على أنه كان يؤدّى الى كشف العورة قال رحمه الله (والحجام) أى جاز أخذ أجرة الحجامة لما روى انه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى أجرته ولانه جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فانعقد اجماعا عمليا وقالت الظاهرية لا يحل لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان قلنا هذا الحديث منسوخ بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال له رجل إن لى عيالا وغلاما حجاما أفأطعم عيالى من كسبه قال نعم قال رحمه الله (لا أجرة عسب التيس) أى لا يجوز أخذ أجرة عسب التيس لقوله عليه الصلاة والسلام إن من السحت عسب التيس ومهر البغى وكسب الحجام ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال فلا يجوز أخذ الاجرة عليه ولانه أخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس مهين لا قيمة له فلا يجوز أخذ الاجرة عليه قال رحمه الله (والاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه) يعنى لا يجوز أخذ الاجرة على هذه الاشياء وقال الشافعى رحمه الله يجوز فى كل ما لا يتعين على الاجير لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز وكونه عبادة لا ينافى ذلك ألا ترى أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وعهد عليه الصلاة والسلام الى عثمان بن أبى العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة متى وقعت كانت للعامل فلا يجوز له أن يأخذ الاجر على عمل وقع له كما فى الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم الا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليها الاجير وكذا الاجير يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا يشترط أهلية المأمور فيهما بل أهلية الآمر حتى جاز أن يستأجر الكافر فيهما ولا يجوز فيما نحن فيه والاصل فيه أن كل شئ جاز أن يستأجر الكافر عليه جاز أن يستأجر عليه المسلم وما لا فلا قال رحمه الله (والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن) وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكان لهم عطيات فى بيت المال وافتقاد من المتعلمين فى مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروءة يعينونهم على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لاقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن وأما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقل من يعلم حسبة ولا يتفرغون له أيضا فان حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالاجر لذهب القرآن

مثل الخياطة ونحوها فالكل سواء ان بين المدة بأن استأجره شهرا ليعلمه هذا العمل يجوز ويصح وينعقد العقد على المدة حتى يستحق الاجرة تعلم أو لم يتعلم اذا سلم الاستاذ نفسه لذلك أما اذا لم يبين المدة فينعقد لكن فاسدا حتى لو علم استحق أجر المثل والا فلا وكذا تعليم سائر الاعمال كالخط والهجاء والحساب على هذا ولو شرط أن يحذقه فى ذلك العمل فهو غير جائز لان التحذيق ليس فى وسع المعلم والحذاقة لمعنى فى المتعلم دون المعلم ولان الحذاقة ليس لها حد تنتهى اليه فكان مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة اه اتقانى (قوله عبد الله الخيزاخزى) بفتح الخاء وسكون الياء باثنتين من تحتها وفتح الزاى وسكون الالف (١) وفتح الخاء الثانية وكسر الزاى الثانية نسبة الى قرية خيزاخز من قرى بخارى اه جواهر (قوله فى المتن ولا يجوز على الغناء والنوح) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى ولا تجوز الاجارة على شئ من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشئ من اللهو ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر فى ذلك وهذا كله قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد لانه معصية ولهو ولعب والاستئجار على المعاصى واللعب لا يجوز لانه منهى عنه وقد حدث صاحب السنن عن مسلم بن ابراهيم قال حدثنا سلام بن مسكين عن شيخ شهد أبا وائل فى وليمة فجعلوا يغنون فحل أبو وائل حبوته وقال سمعت عبد الله يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الغناء ينبت النفاق فى القلب كما ينبت الماء البقل اه اتقانى (قوله فى المتن والملاهى) كالمزامير والطبل وغيرهما وبه قالت الائمة الثلاثة وأبو ثور (١٢٥) وقال الشعبى والنخعى يكره ذلك ويجوز أما الاستئجار لكاتب يكتب له غناء ونوحا يجوز عند أبى حنيفة خلافا لصاحبيه وللائمة الثلاثة وعلى هذا الخلاف الاستئجار على حمل الخمر اه كاكى قوله كالمزامير والطبل والطبل انما يكون منهيا اذا كان للهو أما اذا كان لغيره فلا بأس به كطبل الغزاة وطبل العرس ألا ترى الى ما قال فى الاجناس ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليشهر ذلك ويعلن به النكاح وقال ظهير الدين اسحق الولوالجى فى كتاب الكراهة من فتاواه رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان للهو لا يجوز لانه معصية وان كان للغزو أو القافلة يجوز لانه طاعة اه اتقانى (قوله فى المتن وفسد اجارة المشاع) قال فى تصحيح القدورى للعلامة قاسم رحمه الله قال الكرخى فى جامعه نص أبو حنيفة أنه اذا آجر بعض ملكه أو آجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبى فهو فاسد سواء فيما يقسم وما لا يقسم قلت صحح فى الحقائق أنه فاسد وحكى عن بعض أنه باطل وهو فى نظم الخلافيات وقال القاضى اجارة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم فاسدة فى قول أبى حنيفة وعليه الفتوى وان آجر من شريكه جاز فى أظهر الروايتين ولو من ثالث لا يجوز فى الاظهر قال فى الفتاوى الصغرى وفى المزارعة والمعاملة والوقف الفتوى على قول أبى يوسف ومحمد لمكان الضرورة والبلوى وفى اجارة المشاع على قول أبى حنيفة وقال فى الحقائق والفتوى على قول أبى حنيفة واعتمده النسفى وبرهان الائمة المحبوبى وصدر الشريعة وقال فى شرح الكنز للزيلعى وفى المغنى أن الفتوى اليوم فى اجارة المشاع على قولهما قلت شاذ مجهول القائل فلا يعارض ما ذكرنا اه وكتب على قوله وفسد الخ ما نصه فان قلت كيف جوز أبو حنيفة على الرواية المشهورة عنه اجارة المشاع من الشريك ولم يجوز رهن المشاع ولا هبة المشاع من الشريك وغيره قلت لانه ما يشترط فيهما القبض والاشاعة تؤثر فى القبض بخلاف الاجارة فان صحتها لا تتوقف على القبض اه اتقانى

القرآن فأفتوا بجواز ذلك لذلك ورأوه حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان ألا ترى أن النساء كن يخرجن الى الجماعات فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وفى زمن أبى بكر رضى الله عنه حتى منعهن عمر رضى الله عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب وكان الامام أبو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الاجر ويحبس عليها وقال فى النهاية يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضا فى زماننا ثم قال وفى روضة الزندويستى كان شيخنا أبو محمد عبد الله الخيزاخزى يقول فى زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجر قال كذا فى الذخيرة ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف قال رحمه الله (ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهى) لان المعصية لا تتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر من غير أن يستحق هو على الاجير شيئا اذ المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ولو استحق عليه المعصية لكان ذلك مضافا الى الشارع من حيث انه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولان الاجير والمستأجر مشتركان فى منفعة ذلك فى الدنيا فتكون الاجارة واقعة على عمل هو فيه شريك ذكره فى النهاية معزيا الى الذخيرة وان أعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه وفى المحيط فى كتاب الاستحسان اذا أخذ المال من غير شرط يباح لانه أعطاه المال عن طوع من غير عقد ولو استأجر من له القصاص رجلا ليقتل له فلا أجر له خلافا لمحمد رحمه الله ولو استأجر القاضى رجلا ليقوم فى مجلس القضاء ويقيم الحدود جاز ولو استأجره للحدود والقصاص لم يجز ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس جاز قال رحمه الله (وفسد اجارة المشاع الا من الشريك)

---

(١) قوله وفتح الخاء الثانية كذا فى الاصل والذى فى معجم ياقوت أنها مضمومة اه كتبه مصححه

(قوله وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه) المذكور في الخلاصة والبدائع جواز اجارة النصيب عندهما وان لم يعرفه المستأجر اه (قوله لهما أن للمشاع منفعة) وجه قولهما أن الاجارة بيع المنفعة لان طريق جوازها اقامة العين مقام المنفعة فصارت كبيع العين ثم بيع العين يصح في الشائع وغيره فكذا بيع المنفعة ولان العقود التي يبطلها الشيوع يستوي فيها الشريك وغير الشريك كالرهن والهبة حتى لو رهن المشاع أو وهبه من شريكه أو غير شريكه لا يجوز فههنا لما ثبت أن اجارة المشاع من الشريك جائزة ثبت أن الشيوع لا يبطل الاجارة فوجب أن تصح الاجارة مشاعا من الاجنبي كما تصح من الشريك وكما اذا آجر داره من اثنين اه اتقاني ﴿فروع﴾ قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره ولا يجوز اجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة وزفر الا أن يكون المستأجر شريكا في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه كله في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة وكذلك قال أبو حنيفة في رجلين آجرا دارا لهما من رجل فهو جائز وان مات أحد المؤجرين بطلت الاجارة في نصيبه والاجارة في نصيب الحي صحيحة على حالها ولا يجوز أيضا عند أبي حنيفة أن يستأجر من عقار مائة ذراع ولا من أرض جريبا أو جريبين اذا كانت أكثر من ذلك الى هنا لفظ الكرخي وقال في شرح الطحاوي اجارة المشاع من شريكه جائزة بالاجماع ومن غير شريكه لا تجوز عند أبي حنيفة وعندهما تجوز وبيع المشاع يجوز من شريكه ومن غير شريكه بالاجماع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتمل القسمة ورهن المشاع من شريكه ومن غير شريكه سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة لا يجوز وعند الشافعي يجوز وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة وفيما يحتمل القسمة لا تجوز عندنا وعند الشافعي تجوز وقرض المشاع جائز بالاجماع(١) وأما وقف المشاع فأبو حنيفة لا يرى الوقف مشاعا كان أو غيره وعندهما يجوز الوقف ثم على قول أبي يوسف وقف المشاع جائز وعند محمد باطل ولو آجر داره من رجلين صفقة واحدة فانه يجوز وهذا لا يكون مشاعا بخلاف الهبة فانه اذا وهب داره من رجلين صفقة (١٣٦) واحدة لا يجوز عند أبي حنيفة ثم العقد متى حصل في غير المشاع فاعترض الشيوع في البعض لا يبطل به العقد كما لو استأجر دارا من رجلين ثم مات أحد المؤجرين لم تنتقض الاجارة في حصة الحي وان بقيت مشاعا وكذا لو آجر داره من رجلين صحت الاجارة ثم اذا مات أحد المستأجرين انتقضت الاجارة في حقه وبقي في حق الحي كما كان جائزا الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقد صرح ان اجارة المشاع من الشريك جائزة فلا بالاجماع وينبغي أن يكون هذا على الرواية المشهورة عن أبي حنيفة لان القدوري قال في التقريب وذكر الطحاوي في اختلاف أبي يوسف وزفر الذي رواه ما يوجب أن لا تصح اجارة المشاع ثم قال والمشهور جوازه وذكر القدوري أيضا في شرحه لمختصر الكرخي فقال وأما اجارة المشاع من الشريك فقد روى زفر عن أبي حنيفة أنها لا تجوز لان ما لا يجوز من غير الشريك لا يجوز مع الشريك كالرهن والهبة وقال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال أبو حنيفة اجارة المشاع غير صحيحة سواء كان محتملا للقسمة كالدار وغيرها أو غير محتمل كالدابة ونحوها وقال صاحباه والشافعي صحيحة وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب المسمى عند التسليم والانتفاع عنده لا يجب وعندهم يجب وهل يجب أجر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في رواية لا يجب وبعض مشايخنا عولوا على هذه الرواية وقالوا ان هذه الاجارة باطلة وفي رواية يجب وبعضهم عولوا على هذه الرواية وقالوا انها فاسدة وهو الصحيح الى هنا لفظ العالم في طريقته اه اتقاني قوله وقرض المشاع جائز بالاجماع مر في كتاب الهبة قرض المشاع والوصية بالمشاع اه (قوله بخلاف البيع) وجه قول أبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه وكل عقد لا تثبت القدرة فيه على تسليم المعقود عليه يفسد كاجارة العبد الآبق والمبيع قبل القبض واجارة الارض السبخة التي لا تنبت للزراعة وانما قلنا هذا لان الشائع وان كان منتفعا به لكن لا يمكن تسليمه الا بالتهايؤ والتهايؤ حكم مستحق بالعقد بناء على حكمه وهو الملك فلا يصلح شرطا لجواز العقد لان شرط العقد يسبقه أو يقترن به وحكم العقد يعقبه فلا يصح اجارة المشاع إذن لئلا تنقلب الحقيقة ولان المهايأة وهي قسمة منافع الاعيان عقد في نفسه فلو كانت شرط الصحة الاجارة كانت بمنزلة شرط عقد في عقد وذلك فاسد فتفسد به الاجارة ولان المستأجر لا يتوصل الى الانتفاع بالنصف الذي استأجره الا بالانتفاع بالنصف الذي لم يستأجره فصار كرجل آجر داره من رجل واشترط للمستأجر أن ينتفع بدار أخرى للمؤاجر فذلك فاسد فكذا هذا اه اتقاني

وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه وان لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح لهما أن للمشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ ولهذا يجب أجر المثل عنده فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وكالشيوع الطارئ بأن مات أحد المستأجرين وكالعارية وهي أقرب اليها لان العارية للانتفاع بها الا أنها بلا عوض فلو لم يمكن الانتفاع به لما جاز اعارته فاذا جازت اعارته فأولى أن تجوز اجارته لان تأثير الشائع في منع التبرع أقوى من تأثيره في منع المعاوضة ألا ترى أن هبة الشائع لا تجوز وبيعه يجوز ولابي حنيفة رحمه الله أن المقصود من الاجارة الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع لان المقصود فيه الملك وهو أمر حكمي فأمكن فيه فيجوز والانتفاع حسي

(١) قول المحشي وأما وقف المشاع الخ هكذا في الاصل وارجع الى الاصول الصحيحة في تحرير هذه العبارة فلعلها لا تخلو من تحريف اه مصححه

فلا يمكن بمشاع فيبطل ألا ترى أنه يجوز بيع الجحش دون اجارته لما قلنا والتخلية اعتبرت تسليما في محل يتمكن وفي المشاع لا يتمكن من الانتفاع به ولا من القبض فكيف يجعل تسليما ولا معتبر بالتهايؤ لانه يستحق حكما للملك المنفعة يصار اليه عند الحاجة الى القسمة بعد الملك لان حكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وشرط الشئ يسبقه ولا يتصور أن يكون شرط الثبوت يكونه حكما ففسد بخلاف ما اذا آجره من شريكه لانه لا شيوع في حقه اذ الكل في يده غير أن النصف بحكم الملك والنصف الآخر بحكم الاجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة على أنه روى عنه أنه لا يجوز لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر أحد زوجي المقراض لقرض الثياب وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان العقد أضيف الى الكل ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر حكما لتفرق الملك فيما بينهما وهو طارئ وكذا اذا مات أحد المستأجرين انفسخ العقد في نصيب الميت وبقي في نصيب الحي شائعا وهو طارئ فلا يضر كالشيوع الطارئ في الهبة وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا من القبض ولا حاجة اليه بعد القبض والعارية ليس بلازم فلا يجب تسليمه وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه لوجود اذنه في ذلك وصار كل عارية فلا شيوع والحيلة في اجارة المشاع أن يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارئ لا يفسد كما في الهبة أو يحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما قال رحمه الله (وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة) والقياس أن لا يصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة أو الشاة ليشرب لبنها أو البستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وعليه اجماع الامة وقد جرى التعامل به في الاعصار من غير نكير ولا نسلم أن العقد يرد على استهلاك العين بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وخدمته وتربيته واللبن تابع وانما لا تستحق الاجر اذا أرضعته بلبن الشاة لانها لم تأت بالواجب وهو الارضاع وتلقيمه ثديها والعين قد تدخل تبعا للمنفعة كما اذا استأجر صباغا ليصبغ له الثوب فانه يجوز ويدخل الصبغ فيه تبعا والعقد وارد على المنفعة وهو فعل الصباغة لا على استهلاك العين بخلاف استئجار البقرة والشاة ليشرب لبنها لان فيه عقد الاجارة ورد على العين مقصودا فافترقا وقيل العقد يرد على اللبن لانه المقصود لقيام مصالح الصبي به وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة ولهذا لو أرضعته بلبن الشاة في المدة لا تستحق الاجرة والى هذا القول مال شمس الائمة وقال هو الاصح والاول أشبه بالفقه وأقرب اليه وقال في الكافي وهو الصحيح وقد ذكرنا الجواب عما اذا أرضعته بلبن الانعام قال رحمه الله (وبطعامها وكسوتها) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وهو قول الشافعي وهو القياس لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها بهما للطبخ والخبز وله أن الجهالة هنا لا تفضي الى المنازعة لان العادة جرت بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ولا يشاححها بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها والجهالة اذا لم تفض الى المنازعة لا تمنع الصحة كبيع قفيز من صبرة طعام بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة لجريان المماكسة والمضايقة فيها وفي المحيط لو شرطت طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وشرطت دراهم مسماة عند الفطام ولم تصف شيئا من ذلك جاز استحسانا من غير بيان عند أبي حنيفة رحمه الله والمعنى ما بيناه وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها جاز

(قوله على أنه روى عنه) قال القدوري في كتاب التقريب روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر بطلان العقد في الجميع يعني في اجارة المشاع من الشريك وغيره والشيوع الطارئ كموت أحد المؤجرين أو أحد المستأجرين وغير الطارئ لان المعنى المفسد في الابتداء وجوب المهايأة عند الاستيفاء وهذا موجود في الثاني اهـ اتقاني (قوله الفتوى في اجارة المشاع على قولهما) بل الفتوى على قوله كما تقدم في القولة التي على قوله في المتن وفسد اجارة المشاع فلتراجع اهـ (قوله وقيل العقد يرد على اللبن) أي والخدمة تبعه بدليل انها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الاجر وان حصلت الخدمة (قوله في المتن وبطعامها وكسوتها) أي ولم يزد على ذلك ويكون لها الوسط منه استحسانا وانما يجب الوسط اذا لم يوصف لان البدل اذا ثبت في الذمة مطلقا وجب الوسط منه كالمهر والدية اهـ وكتب ما نصه قال الاتقاني يعني اذا استأجر الظئر على طعامها وكسوتها ولم يزد على ذلك جاز ويكون لها الوسط من ذلك استحسانا عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز وهو القياس وهو قول الشافعي قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يستأجر الظئر بطعامها وكسوتها قال جائز أستحسن ذلك وقال محمد ويعقوب لا يجوز وان سمى الطعام دراهم وسمى الكسوة ووصف جنسها ونوعها وأجلها وذرعها فهو جائز الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وجه قولهما أن هذا بدل عن المنفعة لانه عقد معاوضة فلا يصح مع الجهالة لان الجهالة مانعة من الصحة كما في سائر عقود الاجارات والمعاوضات اهـ (قوله وله أن الجهالة) أي ليست بمانعة لذاتها بل لكونها مفضية الى المنازعة والجهالة اهـ غاية

أي بالاجماع وقالوا معنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه دراهم فيكون معناه على هذا التقدير انه سمى بدل الطعام دراهم حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه لكن لا يفهم منه انه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير ولو سمى الطعام وبين قدره ووصفه جاز بالاجماع لزوال الجهالة ولا يشترط تأجيله لان المقدرات الموصوفة في الذمة أثمان ولا يشترط في الثمن أن يكون مؤجلا بل يجوز حالا ومؤجلا ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقد بيناه في السلم وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان الجنس والقدر لانها لا تثبت موصوفا في الذمة الا سلما فيشترط فيها شرائط السلم قال رحمه الله (ولا يمنع الزوج من وطئها) لانه حقه فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان للزوج أن يفسخ الاجارة اذا لم يكن يعلم بها سواء كان يشينه اجارتها بأن كان وجيها بين الناس أو لم يشنه في الاصح لما أن له أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي الدخول عليها ولان الارضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع منه كما يمنعها من الصيام تطوعا لكن اذا ثبتت الزوجية باقرارهما ليس له أن يفسخ الاجارة لانهما لا يصدقان في حق المستأجر كما اذا أقرت المنكوحة المجهولة بالرق لانسان تصير رقيقا ولا تصدق في حق بطلان النكاح ولكن للمستأجر منع زوجها من دخول بيته لان المنزل له قال رحمه الله (وان مرضت أو حبلت فسخت) أي اذا حبلت المرضعة أو مرضت تفسخ الاجارة لان لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير وهي يضرها أيضا الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا للضرر عنها وعن الصبي وهذا لان هذه اجارة والاجارة تفسخ بالاعذار وكذا لو تقيأ لبنها لاهله الفسخ لان ذلك يضر بالصبي وكذا اذا كانت سارقة لانهم يخافون على متاعهم وعلى حلي الصبي وكذا اذا كانت فاجرة بان فجورها لانها تشتغل عنه بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي وقال في النهاية ولا يبعد أن يقال عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر ألا ترى أنه كان في نساء بعض الرسل كامرأتي نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبي قط هكذا قال عليه الصلاة والسلام وكذا اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها كان لهم أن يفسخوا الاجارة وللظئر أيضا أن تفسخ الاجارة اذا كان يحصل لها الاذى منهم وكذا اذا لم تجر لها عادة بارضاع ولد غيرها لانها عسى لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبلى به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك وعرفت أنها تتضرر به كان لها الفسخ وكذا اذا عيروها به كان لها الفسخ لانها تتضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثديها ولو مات الصبي أو الظئر انتقضت الاجارة ولو مات أبو الصبي لا تنتقض لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال أو لم يكن ولهذا لو كان للصبي مال تجب الاجرة من ماله اذ هي كالنفقة ولو سافرت الظئر أو أهل الصبي تفسخ الاجارة لانه عذر الا اذا خرج الآخر معه

(قوله ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة) أي لان له حملا ومؤنة اه غاية (قوله وفي الكسوة يشترط بيان الاجل) قال الاتقاني وأما الكسوة فلا بد من بيان الاجل فيها لانها لا تصلح ثمنا بكل حال (قوله في المتن ولا يمنع الزوج من وطئها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي وان كان الزوج رضي بالاجارة فأرادوا منعه من غشيانها مخافة الحبل ليس لهم ذلك لان هذا ضرر موهوم والمنع من الوطء ضرر متحقق وتحمل الضرر الناجز لدفع ضرر موهوم أمر لم يرد به الشرع اه اتقاني (قوله ولكن للمستأجر منع زوجها من دخول بيته) فان لقيها في منزله فله غشيانها ولا يسع الظئر أن تمنعه نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها من ذلك اه غاية (قوله اذا حبلت المرضعة أو مرضت تفسخ الاجارة) قال الكرخي في مختصره وليس للظئر ولا للمسترضع أن يفسخ الاجارة الا من عذر اه غاية (قوله ولهم الخيار) أي لاهل الصبي اه (قوله وكذا اذا كانت فاجرة) أي زانية اه (قوله لانها تشتغل عنه بالفجور) أي عن حفظ الصبي اه غاية (قوله ولا يبعد أن يقال عيب الفجور الخ) قال في التيسير وقوله تعالى ضرب الله مثلا للذين كفروا امرأة نوح وامرأة لوط أي بين الله تعالى للكافرين تنبيها أنهم لا ينفعهم الوصلة بالنكاح وغيره مع اختلاف الدين وفيه نوع تنبيه لازواج النبي صلى الله عليه وسلم أن وصلتهن مع النبي صلى الله عليه وسلم لا تغنيهن من الله شيئا اذا عصين وخالفن الامر وقوله تعالى كانتا تحت عبدين أي في نكاح عبدين صالحين من عبادنا اصطفيناهما بالنبوة والرسالة فخانتاهما أي في الدين أي كفرتا ولم يسلما ولم ينصحا للرسولين بالمساعدة على الاسلام وقيل كانتا منافقتين وقال ابن عباس خانتاهما بالنفاق ولم تفجر امرأة نبي قط اه (قوله وكذا اذا لم تجر لها عادة الخ) قال في شرح الكافي ولا يسع الظئر أن تطعم أحدا من طعامهم بغير أمرهم لان الثابت لها حق الاكل دون الاطعام فان زارها أحد من ولدها فلهم أن يمنعوه من الكينونة عندها ولهم أن يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي لانها تخل بايفاء المستحق بالعقد وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها الا ان صلة الاقارب واجبة فلا يجوز الاخلال بها اه غاية (قوله الا اذا خرج الآخر معه) قال الكرخي في مختصره وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم اذا لم يشرطوا ذلك عليها ولها أن تأخذه الى منزلها وهي مأمونة عليه وفيما عليه من حلي أو كسوة ان سرق منه شيء لم تضمنه اه اتقاني

(قوله في المتن وعليها اصلاح طعام الصبي) قال الاتقاني نقلا عن الكرخي فان كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشتري له الطعام وذلك كله على أهله وعليها أن تهيئه له اهـ (قوله في المتن فان أرضعته بلبن شاة فلا أجر) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو استأجر ظئرا ترضع صبيا في بيتها فجعلت توجره بلبن الغنم وتغذوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشيء أو ليس لها لبن فلا أجر لها لانها لم ترضعه أشار الى أن الارضاع ما يقع بلبن الآدمي وما وراءه يكون اطعاما ولا يكون ارضاعا فلم تأت بالمستحق عليها فلا تستحق الاجر فان جحدت ذلك وقالت أرضعته فالقول قولها مع يمينها لان الظاهر أن الصبي لا يبقى الا اذا أرضع بلبن الآدمي فكان القول قولها الا أن تقوم البينة على خلاف ذلك فيؤخذ بها لانها أقوى وان أقاما جميعا البينة أخذت بينتها لانها تثبت استحقاق الاجر عليه وان استأجرت له ظئرا فان أرضعته كان مثل هذا في القياس ولكني أستحسن أن يكون لها الاجر ووجه القياس أن المعقود عليه ارضاعها وقد فقد ووجه الاستحسان أن المعقود عليه فعل الارضاع فاذا أتت به بنفسها أو بنائبها تستحق الاجرة كما في الخياطة وأشباهها وتتصدق بالفضل لانها أخذت زيادة لا على عمل منها اهـ غاية (قوله وانما تقع على فعل الارضاع الخ) قال شيخي صاحب النهاية يجوز أن يكون هذا الحكم غير مسلم عن صاحب المبسوط فان قيل ذكر في المبسوط لو ضاع الصبي في يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصغير أو من متاعه أو ثيابه في يدها لم تضمن الظئر لانها بمنزلة الاجير الخاص لورود العقد على منافعها في المدة فهذا في الاجير المشترك على قول من يضمنه وذكر في الذخيرة لو آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيا لهم ولم يعلم بذلك أهلها الاولون حتى يفسخوها فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذه تدل على أنها كالاجير المشترك والا لما وجب الاجر كاملا ولو وجب الاجر كاملا ينبغي أن لا تأثم قلنا الوجه أن أجير الوحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه ايفاء العمل لكل واحد منهما كما في الخياط ثم لو كانت أجير وحد حقيقة لم تستحق (١٣٩) الاجر كاملا فلشبهها بالاجير المشترك تستحق الاجر كاملا ولشبهها بالاجير الوحد تأثم كذا قرره شيخي صاحب النهاية اهـ قال الاتقاني ثم الظئر اذا استؤجرت للرضاع هل هي أجير وحد أو أجير مشترك تكلم المشايخ فيها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو

قال رحمه الله (وعليها اصلاح طعام الصبي) لان خدمة الصبي واجب عليها وهذا متعارف وهو معتبر فيما لا نص فيه وغسل ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد وما ذكره محمد رحمه الله من أن الدهن والريحان على الظئر فهو على عادة أهل الكوفة قال رحمه الله (فان أرضعته بلبن شاة فلا أجر) لانها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع وهذا ايجار وليس بارضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الاجارة وفي المحيط لو استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا لا يجوز لان لبن البهائم قيمة فوقعت الاجارة على عين وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة قال رحمه الله (ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه أو استأجر ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبزه كذا اليوم بدرهم لم يجز) لانه في الاولى والثانية جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه

مبسوطه والمسائل متعارضة في هذا الباب بعضها يدل على أنها في معنى أجير الوحد وبعضها يدل على أنها في معنى الاجير المشترك والصحيح أنه ان دفع الولد اليها لترضعه فهي أجير مشترك وان حملها الى منزله فهي أجير وحد وقال الكرخي في مختصره والظئر بمنزلة الاجير الخاص وليس لها أن تؤجر نفسها من غير الاولين اهـ (قوله في المتن ولو دفع) بلا ضمير كذا في خط الشارح رحمه الله وفي بعض نسخ المتن ولو دفعه بالضمير اهـ وكتب على قوله في المتن ولو دفع غزلا الخ ما نصه قال في شرح الاتقاني قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع غزلا الى حائك ينسجه بالنصف قال هذا باطل وله أجر مثله والثوب لصاحب الغزل الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال في شرح الجامع الصغير وكذا اذا استأجر حمارا أو رجلا يحمل طعاما بقفيز منه ولا وكذا لو استأجر طحانا ليطحن طعاما بقفيز دقيق فالاجارة فاسدة وتجب أجر المثل قال الفقيه أبو الليث هذا الذي ذكره محمد قول علمائنا المتقدمين وكان مشايخ بلخ يجيزون ذلك مثل نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وقال في خلاصة الفتاوى رجل دفع الى حائك غزلا وأمره أن ينسج له ثوبا وبين صفته على أن ثلثه أو ربعه للحائك أجر العمل لم يجز وكان القاضي الامام أبو علي النسفي رحمه الله يفتي بجوازه في نسف بحكم العرف قال والفتوى على جواب الكتاب الى هنا لفظ الخلاصة وقال في كتاب المزارعة من صحيح البخاري قال ابراهيم وابن سيرين وعطاء والحكم والزهري وقتادة لا بأس أن يعطي الثوب بالثلث والربع ونحوه وأما فساد الاجارة في هذه المسائل فلوجهين أحدهما أنه جعل الاجر شيئا معدوما وهو بعض الثوب وبعض الطعام المحمول والاجر يجب أن يكون موجودا عينا أو دينا فكان في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وصورته أن يدفع حنطة الى طحان ليطحنها بقفيز من دقيق هذه الحنطة وقد روينا في أوائل كتاب الاجارة عن كتاب الآثار مسندا الى رافع بن خديج عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بحائط فأعجبه فقال لمن هذا فقال لي يا رسول الله استأجرته فقال لا تستأجره بشيء منه والثاني أن العمل بحكم هذه الاجارة ان صادف محلا غير مشترك يعتبر المستأجر في الابتداء في

الصلاة والسلام وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه فصار هذا أصلا يعرف به فساد جنسه والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد ولانه جعل الاجر شيأ لا يمكن تسليمه الا بعمل الاجير العمل الذى يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التى هى شرط العقد قائمة بحكم العقد فتصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما فكذا لا يصلح قائما به فاذا نسج أو حمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما اذا استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شئ من الاجر لان الاجير فيه ملك النصف فى الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما فى الحال ومن حمل طعاما مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الاجر لانه لا يعمل شيأ لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر هكذا قالوا وفيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثانى أنه قال ملكه فى الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافى الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيأ فكيف يملكه وبأى سبب يملكه وكان مشايخ بلخ والنسفى يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك وقالوا من لم يجوزه انما يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف ولئن قلنا ان النص يتناوله دلالة فالنص يخص بالتعامل ألا ترى أن الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر بخلاف الاستصناع فان التعامل به جرى فى كل البلاد وبمثله يترك القياس ويخص الاثر والحيلة فى جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا من غير أن يشترط أنه من المحمول أو من المطحون فيجب فى ذمة المستأجر ثم يعطيه منه ثم الاصل فيه أنه متى ما جعل المستأجر المحمول كله لنفسه وشرط له الاجر من المحمول فسدت الاجارة فاذا عمل الاجير استحق أجر المثل كمسألة الكتاب المذكورة ومتى ما جعل المحمول بعضه له والبعض الباقى أجرة بطلت الاجارة وان حمل لا يستحق شيأ لانه ملكه بالعقد وفى الاول لم يملكه على ما بينا وفى الثالث وهو ما اذا استأجره ليخبز له كذا اليوم بدرهم فلان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت

الانتهاء صادفت محلا مشتركا لانه اذا عمل صار شريكا ولو وقع العمل ابتداء وانتهاء فى محل مشترك كما لو استؤجر لحمل طعام مشترك أو لطحن حنطة مشتركة بينه وبين الطحان لم ينعقد العقد أصلا حتى لا يجب الاجر فاذا صادف محلا غير مشترك ابتداء ومشتركا انتهاء لا يمنع الانعقاد ويمنع وصف الصحة ثم اذا فسدت الاجارة على جواب الكتاب كان للعامل أجر المثل لانه لم يرض بعمله مجانا فاذا سلم عمله ولم يسلم له المسمى كان له أجر المثل لكن لا يجاوز به قيمة المسمى لان العامل رضى بذلك القدر فلا يستوجب الزيادة وفى الاجارة الفاسدة لا يزاد على قيمة المسمى الا اذا كان الفساد لجهالة المسمى بأن سمى الاجر دابة أو ثوبا فحينئذ يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا فسدت الاجارة لفوات شرط مرغوب فيه من جهة الاجير كما لو آجر داره كل شهر بعشرة دراهم على أن يعمرها ويؤدى نوائبها فسدت الاجارة فان لم يعمرها المستأجر ولم يؤد نوائبها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ ولا ينقص عن المسمى وكذلك لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة فان سكنها يجب أجر المثل (١٣٥) بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص منه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال فخر الدين قاضيخان وانما كان الثوب لصاحب الغزل لانه صاحب الاصل وأما مشايخ بلخ فانما جوزوا ذلك لان الناس تعاملوا بذلك حيث احتاجوا اليه ووجدوا له نظيرا وهو المزارعة والمعاملة اه اتقانى (قوله فصار هذا أصلا يعرف به الخ) قال فى الهداية وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات قال الاتقانى أى جعل الاجر بعض ما يخرج من عمل الاجير أصل عظيم يعرف به حكم كثير من الاجارات كما اذا استأجره ليعصر له قفيز سمسم بمن من دهنه وكذلك اذا دفع أرضه ليغرس شجرا على أن يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الارض وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل كذا فى الشامل وكذا اذا استأجره ليغزل هذا القطن أو هذا الصوف برطل من غزله وعلى هذا اجتناء القطن بالنصف ودياس الدخن بالنصف وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك كله لا يجوز اه (قوله فكيف ملكه هنا من غير تسليم) الفرض أنه وجد التسليم لانه بمجرد الحمل وجد التسليم اه قارئ الهداية رحمه الله (قوله والثانى أنه قال ملكه فى الحال) أى على تقدير الصحة اه (قوله والنسفى) هو أبو على استاذ الحلوانى اه (قوله والحيلة فى جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا الخ) قال الاتقانى رحمه الله قالوا والحيلة فى جواز قفيز الطحان أن يشترط صاحب الحنطة قفيزا من الدقيق الجيد ولا يقول من هذه الحنطة لان الدقيق اذا لم يكن مضافا الى حنطة بعينها يجب فى الذمة ثم اذا طحن يعطيه صاحب الحنطة من الدقيق ان شاء فيجوز اه (قوله وفى الثالث وهو ما اذا استأجره ليخبز له الخ) قال الحاكم الشهيد فى الكافى واذا استأجر الرجل رجلا يعمل له عملا معلوما اليوم الى الليل بدرهم خياطة أو صياغة أو خبزا أو غير ذلك فالاجارة فاسدة عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد نجيزها استحسانا ونجعل الاجارة على العمل دون اليوم اه اتقانى ﴿فرع﴾ قال فى المختلف والحصر

يوجب كون المعقود عليه هي المنفعة وذكر العمل مع تقدير الدقيق يوجب كون العمل هو المعقود عليه
ولا ترجيح لاحدهما على الآخر فنفع المستأجر في وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجر الا بالعمل
لكونه أجيرا مشتركا ونفع الاجير في وقوعها على المنفعة لانه يستحق الاجرة بمضي المدة عمل أو لم يعمل
فيفسد العقد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان الاجارة جائزة ذكر قولهما في كتاب الاجارة من
المبسوط ولم يذكره في الجامع الصغير ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار
فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل لانه المقصود وهو
معلوم وذكر اليوم للتعجيل فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أول أوقات الامكان فيحمل عليه
تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما ويرجح بكون العمل مقصودا دون الوقت وتقدير المعمول يدل عليه لان
الاجارة اذا وقعت على المنفعة لا تقدر بالعمل وانما تقدر بالوقت وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا سمى
عملا وقال في اليوم جازت الاجارة لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود
عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فانه يقتضي الاستغراق وقدمر نظيره في الطلاق في قوله
أنت طالق غدا أو في الغد ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع
والفرق لابي حنيفة رحمه الله أن اليوم هنا لم يذكره الا لاثبات صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير
مقصودة بالعقد ألا ترى أنه لو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب لم تكن الكتابة والخبز معقودا عليهما
مقصودا حتى لا يقابله شئ من الثمن وأما في مسئلة الكتاب ذكر اليوم قصدا كالعمل وقد أضيف العقد
اليهما على السواء وليس أحدهما في جعله معقودا عليه بأولى من الآخر لاختلاف أغراض المستأجرين
ورغباتهم لان منهم من يميل الى الوقت طمعا في زيادة العمل ومنهم من يميل الى العمل خوفا من بطالة العامل
ومضى الوقت بلا عمل وقد تختلف أغراض الاجراء أيضا فمنهم من يميل الى العمل كي يفرغ منه بالعجلة
ويشتغل بعمل آخر أو يستريح ومنهم من يميل الى الوقت كي يستحق الاجرة وان لم يعمل فلا يترجح
أحدهما على الآخر فيفسد قال رحمه الله (وان استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها
ويزرعها صح) لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة الا بالسقي
والكراب فكان العقد مقتضيا له فلا يفسد قال رحمه الله (وان شرط أن يثنيها أو يكرى أنهارها أو
يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى لا كاجارة السكنى بالسكنى) لان أثر التثنية وكرى الانهار
والسرقنة يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة فيكون فيه نفع صاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد
فيفسد كالبيع ولان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان
في صفقة وهو مفسد أيضا لكونه منهيا عنه حتى لو كان بحيث لا يبقى له أثر بعد المدة بأن كانت
المدة طويلة أو كان الريع لا يحصل الا به لا يفسد اشتراطه لانه مما يقتضيه العقد لان من الاراضي
ما لا يخرج الريع الا بالكراب مرارا أو بالسرقنة وقد يحتاج الى كرى الجداول ولا يبقى أثره الى القابل
عادة بخلاف كرى الانهار لان أثره يبقى الى القابل عادة وفي لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال
كرى الانهار لان مطلقه يتناول الانهار العظام دون الجداول واستئجار الارض ليزرعها بأرض أخرى
ليزرعها الآخر يكون بيع الشئ بجنسه نسيئة وهو حرام لما عرف في موضعه وكذا السكنى بالسكنى
أو الركوب بالركوب الى غير ذلك من المنافع واليه أشار محمد رحمه الله حين كتب اليه محمد بن سماعة
لا تجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار بقوله في جوابه في الكتاب انك أطلت الفكرة وأصابتك الحيرة

وكذلك لو استأجر دابة من الكوفة الى بغداد ثلاثة أيام فهو على هذا الاختلاف اه اتقاني (قوله وعن أبي حنيفة الخ) قال الاتقاني
وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر هشام عن محمد أنه قال (١٣١) في قول أبي حنيفة اذا قال استأجرتك لهذا العمل
هذا اليوم فالاجارة فاسدة ولو قال في هذا اليوم فالاجارة جائزة قال والمعنى في ذلك أنه اذا قال هذا اليوم جعل اليوم مدة الاجارة واذا قال في هذا اليوم لم يجعل اليوم مدة ولكن جعل اليوم ظرفا لهذا العمل اه (قوله في المتن وان استأجر أرضا على أن يكربها) كربت الارض أكربها كربا وكرابا اذا أثرتها للزرع وفي المثل الكراب على البقر أي لا تكرى الارض الا بالبقر يعنون أن ممارسة كل أمر جرب بآلته وفي لفظ المثل خلاف يعرف في المستقصى وكرى النهر حفره اه غاية (قوله لان أثر التثنية وكرى الانهار الخ) والاصل هنا ان ما كان ملائما للعقد لا يكون مفسدا له ثم بعد ذلك نقول انما تستأجر الاراضي لمنفعة المستأجر خاصة فكل فعل ينتفع به المستأجر خاصة كالكراب والزراعة والسقي يكون ملائما للعقد وكل فعل ينتفع به المؤجر خاصة يكون مخالفا للعقد مفسدا له كشرط ابقاء السرقين وردّ الارض مكروبة وهو أحد تأويلي التثنية وتكرار الكراب وهو التأويل الآخر في التثنية قال الصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير أما التثنية وهي أن يردها مكروبة عند البعض وأن يكربها مرتين عند البعض وهو الصحيح فلانه شرط لا
يقتضيه العقد ولاحد المتعاقدين فيه منفعة فيكون مفسدا اه اتقاني مع حذف (قوله لا تجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار الخ) قال الشارح
رحمه الله في كتاب القسمة عند قول المصنف رحمه الله ودور مشتركة ما نصه قال في اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز اه

وجالست الخناقى فكانت منزلة أماعلمت أن اجارة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نسيئة وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص والاولى أن يقال ان الاجارة أجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة الى استئجار المنفعة بجنسها لانه يستغنى بما عنده منها فبقى على الاصل فلا يجوز ولا كذلك عند اختلاف الجنس لان حاجة كل واحد منهما الى المنفعة التى ليست عنده باقية ثم لو استوفى أحدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا شئ عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى عقابلة المستوفى منفعة وهى ليست بمال متقوم وجه ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فصار كما اذا لم يسم الاجر وعند الشافعى رحمه الله يجوز استئجار المنفعة بجنسها لان المنفعة جعلت موجودة عنده فيكون بيع الموجود بالموجود قال رحمه الله (ولو استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له كراهن استأجر الرهن من المرتهن) أى لو استأجر أحد الشريكين صاحبه لحمل طعام مشترك بينهما لا يستحق الاجر لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعى رحمه الله تجوز الاجارة وله المسمى لان الاجارة بيع المنافع فتجوز فى الشائع كبيع الاعيان نصوصا على أصله لان المنفعة كالعين عنده فصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا أن العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه حمل النصف شائعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسى لا يتصور وجوده فى الشائع ولهذا يحرم وطء الجارية المشتركة وضربها لانهما فعلان حسيان لا يتصور وجودهما فى الشائع ولو تصور لما حرم بخلاف البيع لانه تصرف شرعى فيحتمل وروده على الشائع واذا لم ينعقد لا يجب الاجر أصلا ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنفعة ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد المشترك لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه أمر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع وبخلاف اجارة المشاع عند أبى حنيفة رحمه الله حيث يجب فيه أجر المثل لان فساد العقد فيه للعجز عن التسليم على الوجه الذى أوجبه العقد على ما بينا لا لانعدام الاستيفاء أصلا فاذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وفيما نحن فيه بطلان العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه أصلا من حيث انه عامل لنفسه ولا يتصور أن يكون فيه عاملا لغيره فى تلك الحالة وقوله كراهن استأجر الرهن من المرتهن يعنى لا يجوز استئجار الشريك هنا كما لا يجوز للراهن استئجار الرهن لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجر منه وهذا لان حقيقة الاجارة هى تمليك المنافع بعوض والمرتهن غير مالك المنافع فلا يملك تمليكها اذ التمليك من غير المالك محال والراهن انما يمكن من الانتفاع به من حيث انه مالك له اذ المالك هو المطلق للتصرف الا أنه منوع عنه بسبب ما تعلق به حق المرتهن فاذا أبطل حقه بالاستئجار له صار منتفعا به على أنه ملكه لزوال المانع قال رحمه الله (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أى شئ

(قوله وجالست الخناقى) الخناقى رجل متهم فى دينه كذا نقل من حاشية بخط الاتقانى رحمه الله اه (قوله الخناقى) اسم رجل محدث ينكر الخوض على ابن سماعة فى هذه المسئلة ومحمد رحمه الله جعل مجالسته اياه زلة هذا كله شطب عليه الشيخ الشلبى رحمه الله بالاحمر وهى حاشية كتبها الشارح على هامش نسخته اه (١٣٣) (قوله كبيع القوهى بالقوهى نسيئة) يعنى أن بيع القوهى بالقوهى نساء انما لم يجز لان أحد وصفى علة الربا كاف لحرمة النساء وهو الجنس فى القوهى فكذا فى المنافع اذا اتفقت وجد الجنس فيحرم النساء وهذا هو المراد من قوله فى المتن الى هذا أشار محمد رحمه الله بيان ذلك أن المنافع لا تملك بالحال بل على تقدير وجودها شيأ فشيأ ففى تحقق التأخير ثبت معنى النساء اه اتقانى (قوله وقال الشافعى تجوز الاجارة وله المسمى) أى لانه اجارة ببدل معلوم لعمل معلوم فى محل هو ملك المستأجر وقد أرضاه الاجير فيجب الاجر اه غاية (قوله لان الحمل فعل حسى لا يتصور وجوده فى الشائع) أى لانه لا يمتاز نصيب المستأجر من نصيب العامل وكل جزء فرضته فى الشائع فللعامل فيه نصيب فيكون عاملا فى ذلك الجزء لنفسه لا للمستأجر والمستأجر انما استأجره ليعمل له لا لنفسه ولا أجر للعامل لنفسه اه اتقانى (قوله فى المتن ومن استأجر أرضا الخ) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يؤاجر الارض ولم يسم أنه يزرع فيها شيأ قال الاجارة فاسدة فان اختصما قبل أن يعمل فيها أفسدتها وان زرعها ومضى الاجل فله الاجر الذى سمى الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وكان القياس أن يذكر هذه المسئلة فى أول ما يجوز من الاجارة عند ذكر مسئلة القدورى وهى قوله ويجوز استئجار الاراضى للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها ولكن مع هذا لا تحمل المسئلة على التكرار لان فى مسئلة الجامع الصغير فائدة وهى قوله وان زرعها ومضى الاجل فله الاجر الذى سمى اه اتقانى

(قوله كما اذا أسقط الاجل المجهول) قال الاتقانى كما قلنا فيمن باع شيأ الى الحصاد أو الدياس ثم اسقط الاجل فى المجلس أو بعده قبل أوان الحصاد أو الدياس انقلب جائزا عندنا خلافا لزفر وكما فى الصرف بشرط الخيار والاجل اذا أسقط ذلك قبل الافتراق يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر اهـ (قوله فى المتن وان استأجر حمارا الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى الذى هو مبسوطه وان استأجرها الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصما رددت الاجارة لان الحمل يختلف باختلاف المحمول فلا بد من بيانه ليصير العمل معلوما فاذا لم يبين فسد العقد فأرد الاجارة عند اختصامهما وان حمل عليها أو ركبها الى ذلك المكان فعليه ما سمى من الكراء استحسانا لانا جعلنا التعيين بالفعل كالتعيين بالقول فى حالة البقاء حكما ابتداء العقد لان العقد (١٣٣) فى حق الحكم ينعقد عند حدوث المنفعة ولو عين فى الابتداء صح فكذا فى هذه الحالة وكذا لو استأجر عبدا ولم يسم ما استأجره له كذا فى شرح الكافى وقال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وان اختصما قبل أن يحمل عليه فالقاضى ينقض الاجارة لان العقد فاسد ما لم يحمل عليه وكذا لو استأجر ثوبا للبس ولم يبين اللابس لا يجوز لان الناس يتفاوتون فان عين اللابس بعد ذلك يجوز استحسانا وانما قيد بقوله حمل ما يحمل الناس وأراد به الحمل المعتاد لانه اذا حمل غير المعتاد فهلك الحمار يجب أن يضمن وانما لم يجب الضمان فى الحمل المعتاد لعدم المخالفة لان مطلق الاذن ينصرف الى المعتاد ولم يتعد الحمل والعين أمانة فى يد المستأجر لانه قبضها باذن المالك ولم يوجد منه الخلاف بعد ذلك فلا يضمن وحكم الفاسد يؤخذ من الصحيح فى الاجارة الصحيحة اذا لم يوجد الخلاف لا يجب الضمان فكذا فى الاجارة الفاسدة فكيف وقد انقلب العقد جائزا بالحمل المعتاد استحسانا اهـ اتقانى

يزرعها فزرعها فمضى الاجل فله المسمى) لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم وكذا ما يزرع فيها يختلف فبعضه أقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى يبين أنه يزرعها و يبين جنس ما يزرع فيها فان زرعها ومضى الاجل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجيء اليوم الرابع وهما على الخلاف قال رحمه الله (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن) لان العين أمانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة لان الفاسد معتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع بأصله دون وصفه فلا يضمن ما لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا أجر عليه قال رحمه الله (وان بلغ مكة فله المسمى) لان الفساد كان لجهالة ما يحمل عليها فاذا حمل عليها شيأ يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد قال رحمه الله (وان تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الاجارة دفعا للفساد) اذ الفساد باق قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع فى المسألة الاولى وبالحمل فى الثانية ولو استأجر دابة ثم جحد الاجارة فى بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند أبى يوسف رحمه الله لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد رحمه الله يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان ذكره فى الكافى والله أعلم

﴿باب ضمان الاجير﴾

الاجراء على ضربين أجير خاص وأجير مشترك قال رحمه الله (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه من لا يجب عليه أن يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد أيضا فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره والاوجه أن يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض والاجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه فى حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لانسان لا يتمكن من ايجابها لغيره بخلاف الاجير المشترك لان المعقود عليه فيه هو الوصف الذى يحدث فى العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول فى حكم الدين فى ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا فى ذمته لا يتعذر عليه بسببه قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقى العين لا يملك بيعه من غيره بعد ما باعه فلهذا كان مشتركا والاول أجير وحد وأجير خاص وقد اختلفت عبارات المشايخ

﴿باب ضمان الاجير﴾

قال الكاكى والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر وقد مر فى أول كتاب الاجارات اهـ لما فرغ من ذكر أنواع الاجارات صحيحها وفاسدها شرع فى بيان الضمان لانه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الاجارة فاحتاج الى بيانه اهـ اتقانى

(قوله فقال بعضهم الاجير المشترك من يتقبل العمل الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره الاجير المشترك القصار والصباغ والخياط والصائغ وكل من يستحق الاجر لعمله دون تسليم نفسه ثم قال الكرخي الاجير الخاص من استحق الاجر بالوقت دون العمل وذلك كرجل استأجر رجلا ليخدمه شهرا بخمسة دراهم أو كل شهر بخمسة دراهم أو ليقصر معه أو ليخيط معه أو ليعمل عملا من الاعمال سماه كل شهر بكذا وكذا أو كل يوم بكذا أو كل سنة بكذا وكذا فهذا هو الخاص الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال في شرح الطحاوي الاجير المشترك هو أن يتقبل العمل من غير واحد وأجير الوحد أن يتقبل العمل من الواحد وفي الاجير المشترك العقد انما يقع على تسليم العمل لا على تسليم النفس والعقد في أجير الوحد يقع على تسليم النفس اليه في المدة لا على تسليم العمل الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الاجير المشترك عندنا القصار والخياط والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد وأجير الرجل وحده أن يستأجر الرجل ليخدمه شهرا أو ليخرج معه الى مكة أو ما أشبه ذلك والاصل فيه أن كل من ينتهي عمله بانتهاء مدة معلومة فهو أجير وحد وكل من لا ينتهي عمله بانتهاء مدة مقدرة فهو أجير مشترك لانه اذا انتهى عمله عدة تعذر عليه أن يؤاجر نفسه في تلك المدة من غيره اه اتقاني (قوله وهذا يؤل الى الدور) الجواب أن هذا تعريف بالاجلى والاشهر أو تعريف لما ذكر عما قد سبق ذكره فانه ذكر في باب الاجر متى يستحق بقوله باستيفاء المعقود عليه اه كاكي رحمه الله (قوله في المتن والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك) قال الكرخي في مختصره فاذا سلم اليه ما استوجب عليه وقبضه فهو أمانة في يده عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو قول حماد بن أبي سليمان وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه بالقبض ان هلك في يده أو تلف بوجه من الوجوه ضمنه الا أن يكون من شئ غالب لا يحفظ من مثله مثل حريق غالب أو عدو مكابر أو سارق كذلك الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وعند الشافعي يد الاجير يد أمانة على الاصح وفي قول آخر عنه يد ضمان وفي قول ثالث أن يد الاجير المشترك يد ضمان بخلاف المعين للعمل كذا في وجيزهم اه اتقاني وجه قولهما ما روى في شرح الكافي أن عمر بن الخطاب كان يضمن الصناع ما أفسدوا من متاع الناس أو ضاع على أيديهم وروى في شرح الكافي أيضا أن عليا كان يضمن الخياط والقصار ومثل ذلك من الصناع احتياطا للناس أن يضيعوا أموالهم وهذا كان من رأيه بديا ثم رجع كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في أول كتاب الاجارات اه اتقاني ﴿فرع﴾ اختلف الاجير وصاحب الثوب فقال الأجير رددت وأنكر صاحبه فالقول قول الاجير عند أبي حنيفة لانه أمين عنده في القبض والقول قول الامين مع اليمين ولكن لا يصدق في دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا ببينة اه بدائع ﴿فرع آخر﴾ قال الاتقاني رحمه الله ثم عندهما اذا ضمنه ان شاء ضمنه قيمة الثوب مقصورا وأعطاه الاجر لانه قد سلم العمل الى المالك وحدثت بفعله زيادة في الثوب فكان عليه الاجر وعلى الاجير ضمان الزيادة مع الاصل وان شاء ضمنه قيمة الثوب ولم يأخذ أجر القصارة لانه هلك المحل قبل وصول العمل الى يد المستأجر حقيقة فأشبه هلاك المبيع قبل القبض كذا في شرح الكافي في باب متى يجب الاجر للعامل وقال أيضا فيه في باب ما يضمن فيه الاجير قال أبو حنيفة ان هلك الثوب عند القصار فلا ضمان عليه وهو مؤتمن بعد أن يحلف وكذا لو سرق وكذا جميع العمال لانعدام الجناية منه وعندهما يضمن لانه دخل في ضمانه بالعقد وان لم يتحقق منه جناية اه وقال الكاكي ثم عندهما ان شاء المالك ضمنه مقصورا وأعطى الاجرة وان شاء غير مقصور ولا أجر له وكذا لو هلك بفعله فالمالك بالخيار بالاتفاق اه

في حقهما فقال بعضهم الاجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص من يتقبل العمل من واحد وقال القدوري المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وهذا يؤل الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص وحكمهما أن المشترك له أن يتقبل العمل من أشخاص لان المعقود عليه في حقه هو العمل أو أثره فكان له أن يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه سمي مشتركا والاجير الخاص لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة للمستأجر والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال رحمه الله (ولا يستحق الاجر حتى يعمل كالقصار والصباغ) يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بينهما فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر لا يسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل أو أثره على ما بينا فلا بد من العمل قال رحمه الله (والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك) سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة أو بما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة المكابرة وهذا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله وهو القياس وقالا يضمن الا اذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه لان عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان المعقود عليه الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن العيب الذي هو سبب الهلاك لانه لا يمكنه العمل الا بالحفظ

(قوله ولابى حنيفة ومن تابعه الخ) وقول أبى حنيفة قياس لان المحل أمانة فى يده وهلاك الامانة من غير صنع لا يوجب الضمان وقولهما
استحسان ووجهه أثر عمر رضى الله عنه اهـ غاية وكتب ما نصه ووجه قول أبى حنيفة ما روى محمد فى كتاب الآثار عن أبى حنيفة عن
حماد عن ابراهيم ان شريحا لم يضمن أجيرا قط الى هنا لفظ كتاب الآثار وكان حكم شريح بحضرة الصحابة والتابعين من غير نكير فحل محل
الاجماع اهـ اتقانى (قوله فى المتن وما تلف بعمله الخ) قال فى شرح الطحاوى ولو زحمه الناس (١٣٥) حتى انكسر فانه لا يضمن بالاجماع
لان ذلك بمنزلة الغرق الغالب والحرق الغالب ولو أنه هو الذى زحم الناس حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع الى هنا لفظ شرح الطحاوى اهـ اتقانى وكتب ما نصه ولو زحمه الناس فزلق لا يضمن بالاجماع اهـ بدائع قوله بالاجماع فيه مخالفة لما سيجىء فى كلام الشارح اهـ وكتب أيضا ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخى رحمه الله فى مختصره وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وابن أبى ليلى انه مضمون له بالعمل الذى أخذ عليه الاجر فيضمن القصار ما تخرق من دقه أو من مقدار [illegible] أو [illegible] وكذلك الصباغ فى ذلك كله ويضمن أيضا فى طى الثوب ان كان مما يطوى وكذلك الملاح يضمن ما كان من مده أو جذفه أو ما انخرق بالسفينة [illegible] وكذلك الحمال اذا سقط ما يحمله من رأسه أو يده أو عثر فسقط ما يحمله فانه يضمن ذلك وكذلك الجمال والمكارى اذا كان من سوقه أو قوده أو انقطع الحبل الذى يشد به على المتاع
فسقط المتاع وفسد كل هؤلاء يضمنون ما فسد به المتاع من فساد جنايته من عند حمل [illegible] أو سوقه أو قوده وقال حماد عن أبى
سليمان وزفر والحسن بن زياد وهو قول [illegible] فى ذلك لا يضمن الا أن يتعدى كما يضمن المودع اذا تعدى [illegible] المستأجر
عليه لانه مأذون له فيه الى هنا لفظ الكرخى رحمه الله وقال علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف قال علماؤنا الثلاثة الاجير المشترك يضمن
ما جنت يده استحسانا والقياس أن لا يضمن وهو قول زفر والشافعى وصورة المسئلة اذا دفع الى القصار ثوبا ليقصره بأجر فدقه فتخرق
الثوب الى هنا لفظ العالم اهـ اتقانى (قوله كالمعين الدقاق) أى فانه غير ضامن لما يجىء اهـ

فيكون داخلا تحت العقد فيضمن بالهلاك كما فى الوديعة اذا كانت بأجر وكما اذا هلك بفعله ولابى
حنيفة رحمه الله ومن تابعه أن القبض حصل باذنه فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية ولهذا
لا يضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت حتف أنفه وكالغصب من العدو والمكابر ولو كان مضمونا عليه
لما اختلف الحال بل كان مضمونا عليه مطلقا كالغصب والقبض على سوم الشراء أو البيع الفاسد
وعكسه الوديعة فانه لا يضمن مطلقا ولا نسلم أن المعقود عليه هو الحفظ بل العمل وانما وجب عليه الحفظ
تبعا أو اقتضاء لا مقصودا لان العمل لا يتأتى بدون حبس العين ولما لم يمكن العمل الا بحبس العين كان له
حبسه ولهذا لا يقابله شئ من الاجر ولو كان المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة من الاجر فصار
كأجير الوحد بخلاف الوديعة بأجر لان الحفظ واجب عليه مقصودا ببدل وبخلاف ما اذا تلف بعمله لان
العقد يقتضى سلامة المعقود عليه وهو العمل فاذا لم يكن سليما ضمن وقد روى عن عمر وعلى رضى الله
عنهما أنهما كانا لا يضمنان الاجير المشترك وهو قول ابراهيم النخعى فتعارضت رواياتهما فلا يلزم حجة
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وليس بشئ لان الاختلاف موجود بين الصحابة فكيف يتصور أن
يحمل على اختلاف الزمان بل الخلاف مبنى على أن الحفظ معقود عليه عندهما لانه لا يتمكن من ايفاء
المستحق وهو العمل الا بحفظ العين وما لا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا كوجوبه فكان العقد
واردا عليه وعنده لا يكون واردا عليه وقد بيناه وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه تحصل
صيانة أموالهم وان شرط الضمان على الاجير المشترك فى العقد فان شرط عليه فيما لا يمكن الاحتراز
عنه لا يجوز بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد وان شرط عليه فيما
يمكن الاحتراز عنه فعلى الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضيه العقد عندهما وعنده يفسد لان العقد
لا يقتضيه فيكون اشتراطه فيه مفسدا قال رحمه الله (وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق
الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون) وقال زفر والشافعى رحمهما
الله ليس بمضمون عليه لانه مأذون فيه فلا يجامعه الضمان كالمعين الدقاق وأجير الوحد وهذا لانه عمل
ما عمل بأمره والامر المطلق ينتظم الفعل بنوعيه المعيب والسليم والتخرق لضعف فى الثوب ولئن كان
لمعنى فى فعله فالاحتراز عنه غير ممكن اذ الدق المصلح ليس فى وسعه ولئن كان فى وسعه فلا يمكنه التحرز عنه
الا بحرج عظيم فيكون ملحقا بما ليس فى وسعه فصار كالبزاغ والفصاد والحجام والختان ولهذا لا يضمن
تلميذ القصار وهو يعمل بالاجر ولنا أن التلف حصل بعمل غير مأذون فيه فيكون مضمونا كما لو دق الثوب
بغير أمره وهذا لان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن يثبت فى
ضمن العقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضى سلامة المعقود عليه عن العيوب على ما مر
فى البيوع فاذا تلف كان التلف حاصلا بعمل ليس بمأذون فيه فصار كما اذا وصفه له نوعا من الدق فأتى بنوع
آخر بخلاف معين القصار لانه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بالسلامة لئلا يمتنع الناس عن الاعانة مخافة
الغرامة وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهم لان العقد فيهم لم يتناول العمل المصلح اذ ليس ذلك [illegible]

افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل لا تجاوز المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبنيان على قوة المحل في احتمال الالم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال والتحرز عن التخرق ممكن لانه في وسع القصار يعرف بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق الأثر عما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وانما يعتبر ذلك في حقوق الله تعالى دفعا للحرج حتى اذا اجتهد وأخطأ يكون معذورا وبخلاف أجير الوحد لما بيناه وبخلاف تلميذه لانه أجير الوحد عند استاذه وأجير الوحد لا يجب عليه ضمان ويجب على الاستاذ ما أفسده التلميذ بعمله لان الاستاذ أجير المشترك دون التلميذ ثم صاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الاجر وان شاء ضمنه معمولا وأعطاه الاجر وقد مر نظيره قال رحمه الله (ولا يضمن به بني آدم) يعني ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان يسوقه ويقوده لان ضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا لا تتحمله العاقلة الا اذا كان بالجناية وقيل هذا اذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح أنه لا فرق قال رحمه الله (وان انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر أو في موضع الكسر وأجره بحسابه) أما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا وأما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته في الابتداء ولا يجب الاجر لانه تبين أنه كان متعديا من الابتداء وان مال الى كونه مأذونا فيه في الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه أجرته بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بأن زلق أو عثر وان كان من غير صنعه بأن زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند أبي حنيفة

(قوله وبخلاف تلميذه لانه أجير الوحد) قال في التحفة ولو تخرق بدق أجير القصار لا ضمان عليه ولكن يجب الضمان على الاستاذ لان فعله ينتقل اليه كأنه فعله بنفسه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا دق أجير القصار ثوبا فخرقه فضمانه على الاستاذ دون الاجير لانا نقلنا فعله الى الاستاذ فكان الضمان عليه ولو وطئ الاجير على ثوب القصار مما لا يوطأ عليه فخرقه كان ضمانه عليه خاصة لانه ليس بمأذون فيه فاقتصر الاتلاف عليه وان كان مما يوطأ فلا ضمان عليه لانه مأذون في وطئه ولو وطئ القصار ثوبا وديعة عنده فتخرق كان ضامنا له وان كان مما يوطأ اذا لم يكن أذن له في بسطه ووطئه لانه أتلفها بغير أمر فيضمن كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله أجير مشترك) الذي في خط الشارح لان الاستاذ أجير المشترك بالاضافة فتأمل (قوله وانما يجب بالجناية) وعقد الاجارة ليس بجناية فلا يكون سببا للضمان اه (قوله والصحيح أنه لا فرق) قال الاتقاني والصحيح عدم الفرق هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف في الرضيع اه (قوله في المتن وان انكسر دن في الطريق ضمن الخ) قال في الدراية ليس بقيد فانه لو كسره عمدا فالحكم كذلك عندنا اه كاكي وكتب ما نصه قال في الدراية وقيد في بعض الطريق لانه لو انكسر بعدما انتهى الى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه وله الاجر كذا (١٣٦) نقل عن الامام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية اه وكتب أيضا ما نصه فان قيل كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم قلنا لانه لما انكسر في الطريق والحمل شيء واحد كان اذا الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يحصله محمولا الى موضع عينه ظهر أنه وقع تعديا ابتداء وفي الحقيقة ابتداؤه سليم وانما صار تعديا عند الكسر فان مال الى الوجه الحكمي فلا أجر له لانه ما استوفى من عمله أصلا وان مال الى الوجه الحقيقي فله الاجر بقدر ما استوفى والاجر والضمان انما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة وقد اختلفت الحالة ههنا وهذا لانه اذا ضمنه في مكان الكسر فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل الى موضع الكسر والاجر يجب في حالة الامانة وانما صار رضى مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى اه كاكي رحمه الله (قوله وأما الخيار الخ) قال في البدائع وأما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله أن يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف أما على أصل أبي حنيفة ففيه اشكال لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب أن يعتبر قيمته يوم الاتلاف ولا خيار له على ما روي عنه والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد سببان لوجوب الضمان أحدهما الاتلاف والثاني العقد لان الاجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من أسباب وجوب الضمان فيثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان شاء بالاتلاف والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر الفائت فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار ان شاء رضي بتفرقها وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير اه (قوله وأعطاه أجرته بحسابه) أي لانه استوفى بعض عمله اه اتقاني (قوله وان كان من غير صنعه الخ) قال الكاكي رحمه الله وان تلف في يده بغير عمله بأن زحمه الناس لا يضمن عند أبي حنيفة خلافا لهما وهي مسألة الاجير المشترك اه وانظر في الصفحة التي قبل هذه الورقة عند القولة

التى على قوله فى المتن وما تلف بعمله الخ نقـلا عن البدائع والاتقانى اه (قوله لان العين مضمونة على الاجير المشترك الخ) قال الاتقانى قال فى شرح الطحاوى والراعى بمنزلة الاجير المشترك اذا كان يرعى للعامة فما تلف من سوقه وضربه اياها بخلاف العادة فانه يضمن لانه من جناية يده واذا ساق الدواب على الشريعة فازدحمت على القنطرة ودفعت بعضها بعضا فسقطت فى الماء وعطبت فانه يضمن لانه من جناية يده ولو أن رجلا قال استأجرتك لترعى غنمى خاصة مدة معلومة فهذا أجير الوحد وقال فى الفتاوى الصغرى الراعى اذا كان مشتركا لا يجب عليه رعى الاولاد التى تحدث فان شرط عليه فى أصل العقد يجوز وفى أجير الوحد يجب عليه رعى الاولاد اه (قوله فى المتن ولا يضمن حجام أو بزاغ) قال فى الفتاوى الصغرى والتتمة أيضا اذا شرط على الحجام والبزاغ العمل (١٣٧) على وجه لا يسرى لا يصح هذا الشرط

رضى الله تعالى عنـه لان المتاع أمانة عنـده وعنـدهما يضمن قيمته فى موضع الكسر لانه تسلم العمل باتصاله بملكه فيعطيه أجرته ولا يخير فى هـذه الصورة عنـدهما لان العين مضمونة على الاجير المشترك عندهـما على ما بينا قال رحمه الله (ولا يضمن حجام أو بزاغ أو فصاد لم يعـد الموضع المعتاد) لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليـه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما اذا حد القاضى أو عزر ومات المضروب بذلك الا اذا كان يمكنه التحرز عنـه كدق الثوب ونحوه مما ذكرنا من قبـل لان قوة الثوب ورقتـه يعرف به ما يحتمله من الدق بالاجتهاد فأمكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فانه يبتنى على قوة الطباع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسـه ولا ما يحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير السارى فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد كلـه اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف دية النفس لانها تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرأ المقطوع تجب عليـه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليـه الدية كاملة وان مات وجب عليـه نصف الدية لما ذكرنا وهى من أندر المسائل وأغربها حيث يجب الاكثر بالبرء وبالهلاك أقل قال رحمه الله (والخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) أى الاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسـه للعمل عمل أو لم يعمل سمى أجيرا خاصا وأجير وحد لانه يختص به الواحد وهو المستأجر وليس له أن يعمل لغيره لان منافعه فى المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنعه من العمل مانع حسى كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل قال صاحب الهداية الاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال صاحب النهاية نقض على البناء للمفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد رحمه الله فى خياط خاط ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبـل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسـلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليـه كان يجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل لانه هو الذى نقض عمله فصار كأن لم يخط وكذلك الاسكاف والملاح حتى اذا رد الملاح السفينة أو نقض الاسكاف الخياطة أجبر على اعادتها وانما يكون أجير وحد اذا استأجر لرعى الغنم اذا شرط عليه أن لا يرعى لغيره أو ذكر المدة أولا نحو أن يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم فانه يجعله أجير الوحد بأول الكلام لانه أوقع الكلام على المدة فى أوله وقوله بعد ذلك ليرعى الغنم يحتمل أن يكون لايقاع العقد على العمل فيصير أجيرا مشتركا لان الاجير المشترك هو الذى يقع عقده على العمل ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل الذى يستحق على الاجير الخاص فى المدة فان الاجارة على المدة لا تصح فى الاجير الخاص ما لم يبين نوع

لانه ليس فى وسعه ذلك ولو شرط على القصار العمل على وجه لا يتخرق صح لان فى وسعه ذلك اه اتقانى (قوله فى المتن أو فصاد) فصد الفصاد من حد ضرب وهو فى الآدمى وبزغ من حد فتح وهو فى الحيوان يقال بزغ البيطار الدابة اذا شقها بالمبزغ وهو مثل مشرط الحجام كذا فى المغرب قاله الكاكى وقال الاتقانى والبطر الشق فى جلد أو غيره يقال بطرت الجلد أبطره وأبطره بطرا وهو أصل بناء البيطار وقالوا رجل بيطر وبيطار ومبيطر وكل ذلك راجع الى ذلك كذا فى الجمهرة اه (قوله مما ذكرنا من قبل) قال الاتقانى بخلاف ما اذا هلك من عمل القصار ونحوه لان ذلك من خرقه أو تقصيره لان فى وسعه الاتيان بالعمل السليم دون الفاسد وذلك لان الفساد اما أن يكون لخرق فى العمل بالدق لا على الوجه الذى يحتمله الثوب أو لخشونة فى المدقة أو لخلل

فى الثوب بان كان فيه حصاة أو فساد طين وغير ذلك والرجل اذا كان بصيرا فى صنعته يمكنه التحرز عن ذلك بالمبالغة فى البحث عن الخلل والمراقبة فى الدق فاذا كان ذلك ممكنا والمستأجر ما رضى الا بهذا الشرط لحق الاذن بالفساد ضرورة اه (قوله فيضمن الخ) لانه ظهر منه التقصير وذلك بأن يوضع ثلاثة أوراق ويقال للحجام اضرب بمشرطك على هذه الاوراق وأنفذه من الاثنين دون الثالثة فان فعل ذلك فهو حاذق لا يضمن والا ضمن اه باكير (قوله تجب عليه دية كاملة) حدا القول فاضيخان فى جنايته فتاواه عن محمد رحمه الله تعالى اه (قوله والمطر) حتى لو استأجر لاتخاذ الطين أو غيره فى الصحراء فمطر ذلك اليوم فلا أجر له لان تسليم النفس فى ذلك العمل لم يوجد لكن المطر وبه كان يفتى المرغينانى اه دراية

(قوله فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال) قال الاتقانى ولان العمل لما لم يكن معقودا عليه لان المعقود عليه المنفعة لم يكن مضمونا عليه فما تولد منه لا يكون مضمونا الا اذا تعمد الفساد فحينئذ يضمن كالمودع وهذا لانه تعذر جعل المعقود عليه نفس العمل أو وصف القصارة لانا لو فعلنا ذلك لفسد العقد لان صورة أجير الوحد أن تكون المدة معلومة واذا كان كذلك فربما يمكنه تحصيل هذا العمل فى هذه المدة وربما لا يمكنه وربما يتأتى منه وصف القصارة فى هذه المدة وربما لا يتأتى فكان فيه جهالة وغرر وذلك مفسد للعقد فجعلنا المعقود عليه منفعة الاجير لانها معلومة مقدرة بهذا الزمان والدليل على أن المعقود عليه فى الاجير الخاص المنفعة لا وصف القصارة وفى المشترك وصف القصارة الاحكام منها أن فى الاجير الخاص اذا سلم النفس ولم يستعمله المستأجر يستحق الاجر لانه سلم المعقود عليه وهو المنافع وفى المشترك لا يستحق الاجر لانه لم يسلم المعقود عليه وهو وصف القصارة ومنها ان فى الخاص لو استعان بغيره لا يستحق الاجر لانه لم يسلم منافع نفسه وفى المشترك يستحق لانه سلم وصف القصارة ومنها ان فى الاجير الخاص لو خاط ثم نقض الخياطة يستحق الاجر لانه سلم منفعة النفس وفى المشترك لا يستحق لانه لم يسلم العمل الى المالك كذا قال علاء الدين العالم السمرقندى فى طريقة الخلاف اه (قوله فى المتن ولا يضمن ماتلف فى يده) كما اذا ضاع أو سرق ما استؤجر عليه اه ق (قوله فى المتن أو بعمله) كالفساد فى الطبخ والخبز والتخريق فى الغسل ونحو ذلك اه ق (قوله أما الاول) أراد به عدم الضمان فيما تلف فى يده اه (قوله فيجب عليه الضمان) حتى لا يقصر فى حفظها أو لا يأخذ الا بقدر ما يحفظه اه كاكى (قوله وأجير الوحد يعمل فى بيت المستأجر) أى ولا يتسلم العين فى العادة بل يسلم نفسه فلا يشترط عليه سلامة العين اه اتقانى (قوله فأخذنا فيه بالقياس) أى وهو عدم الضمان اه (قوله وأما الثانى) أراد به عدم الضمان فيما تلف من عمله اه (قوله فلان المنافع صارت مملوكة للمستأجر) أى بتسليم نفسه اه كاكى (قوله كأنه فعله بنفسه) ففسد من عمله اه (قوله ولان البدل ليس بين عقابلة العمل) أى فلا يشترط فيه السلامة من العيب اه كاكى (قوله وهذا لان المبيع منفعته) يعنى ان منفعة أجير الوحد هى المبيعة وهى سليمة اه (قوله كالمودع) وعلى هذا أجير القصار وسائر الصناع لان التلميذ أجير خاص فلا يضمن و يضمن الاستاذ ولا يرجع الاستاذ بما ضمن على التلميذ لانه أجير خاص كذا فى الايضاح ولا خلاف فيه اه كاكى (قوله مسافة وحملا) راجعان للدابة اه (قوله يجوز أن يجعل الاجر مترددا الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا وقع عقد الاجارة على أحد شيئين وسمى لكل واحد منهما أجرا معلوما فذلك جائز كرجل قال لآخر قد آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم أو هذه الاخرى بعشرة أو كان هذا القول فى حانوتين أو عبدين أو دابتين أو فى مسافتين مختلفتين فقال قد آجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا أو الى الكوفة بكذا فذلك كله جائز عند أصحابنا جميعا لان الاجر يجب بتسليم أحدهما وهو معلوم فى حال وجوبه وكذلك لو دفع الى خياط ثوبا فقال ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان أو قال للصباغ ان صبغته بعصفر فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك أيضا جائز لان الاجر يجب بالعمل وكل واحد منهما متميز عن صاحبه الى هنا لفظ الكرخى فى مختصره وقال القدورى فى شرحه وكذلك ان خيره بين ثلاثة أشياء فان ذكر أربعة لم يجز اه اتقانى

العمل فيقول استأجرتك شهرا للخدمة أو للرعى أو للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى أجير وحد مالم ينص على خلافه ولو شرط حكم الاجير المشترك فقال على أن ترعى غنم غيرى مع غنمى أو أخر المدة بأن استأجره ليرعى له غنما مسماة بأجرة معلومة شهرا كان أجيرا مشتركا لانه جعله أجيرا مشتركا بأول الكلام بايقاع العقد على العمل فى أوله وقوله شهرا فى آخر الكلام يحتمل أن يكون لايقاع العقد على المدة فيصير أجير وحد ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلا يغير أول كلامه بالاحتمال مالم يصرح بخلافه قال رحمه الله (ولا يضمن ماتلف فى يده أو بعمله) أما الاول فلأن العين أمانة فى يده لانه قبضها باذنه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ظاهر وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير رغبة فى كثرة الاجرة وقد يعجز عن القيام بها فيقعد عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانى فى حفظها وأجير الوحد يعمل فى بيت المستأجر ولا يتقبل الاعمال من غيره فأخذنا فيه بالقياس وأما الثانى فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر فاذا أمره بالصرف الى ملكه صح وصار نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كأنه فعله بنفسه ولان البدل ليس بمقابلة العمل بدليل أنه يستحق الاجر وان لم يعمل وهذا لان المبيع منفعته وهى سليمة وانما الخرق فى العمل الذى هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه فلا يشترط فيه سلامته فلا يضمن ماتلف به الا اذا تعمد الفساد فيضمن للتعدى كالمودع قال رحمه الله (وصح ترديد الاجر بترديد العمل فى الثوب نوعا وزمانا فى الاول وفى الدكان والبيت والدابة مسافة وحملا) أى يجوز أن يجعل الاجر مترددا بين تسميتين بجعل العمل مترددا فى الثوب بين نوعى العمل بان يجعل له الخيار فيهما مثل ان يقول ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين أو يجعل العمل فيه مترددا بين زمانين مثل أن يقول ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فانه يجوز فى اليوم الاول دون الثانى وهو معنى قوله وزمانا فى الاول أى فى المتردد

بين زمانين يجوز فى الوقت الاول أو يجعل المنفعة مترددا فى دكان بان قال ان سكنته حدادا فبدرهمين وان سكنته عطارا فبدرهم أو قال ذلك فى بيت أو يجعله مترددا بين مسافتين فى الدابة أو بين حملين بان قال آجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا أو بان قال له آجرتكها على أنك ان حملت عليها قنطارا من حنطة فبخمسة وان حملت عليها قنطارا من حديد فبعشرة وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء جاز ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا فى البيوع والمعتبر فيه البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا يشترط اشتراط الخيار هنا وفى البيع روايتان والفرق على احداهما أن الاجر لا يجب الا بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه وهو العمل معلوما وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع الا باثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعى رحمهما الله وقد بيناه فى البيوع فاذا عرف هذا مجملا فلا بد من الكلام فيه مفصلا ليهتدى الطالب الى معرفة كل واحد منها بعلتها فنقول أما الاول وهو ما اذا قال ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين فانما جاز لانه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز كما اذا خيره فى البيع بين عبدين على ما بينا فى موضعه وأما الثانى وهو ما اذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فالمذكور هنا وهو جواز العقد فى اليوم الاول دون اليوم الثانى قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما الشرطان جائزان وعند زفر الشرطان فاسدان لانه اجتمع فيها تسميتان فى اليومين لان المسمى فى غده والمسمى فى اليوم أيضا والمسمى فى اليوم هو المسمى فى الغد أيضا واعتبار ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه لا غير ألا ترى أنه لو قال خط لى هذا الثوب غدا بدرهم فخاطه اليوم استحق الدرهم وكذا لو قال خط لى هذا الثوب بدرهم اليوم فخاطه غدا يستحق الدرهم فاذا كان كل واحد منهما مسمى فى الوقتين فسدت الاجارة لان ذكر البدلين على البدل بمقابلة مبدل واحد مفسد فصار نظير قوله بعتك حالا بألف درهم ومؤجلا بألفين ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للاضافة فهذا حقيقته واستعمالهما للترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لاسيما اذا كان حمله على المجاز يؤدى الى الفساد وكل واحد منهما معلوم وبدلهما معلوم فصار نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد لانه لو حمل على التأقيت لفسد العقد اذ تعين العمل مع تعين الوقت لا يجتمعان فصرنا الى المجاز بدلالة حالهما اذ مقصودهما الصحة دون الفساد ولابى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن اليوم للتعجيل والغد للاضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل على ارادة المجاز فى ذكر اليوم وهو التعجيل لان مرادهما الصحة وهو متعين فى المجاز لان تعين العمل مع التوقيت مفسد فان تعين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعين الوقت

(قوله أو يجعله مترددا بين مسافتين فى الدابة) قال فى الظهيرية فى الاجارة رجل اكترى دابة وقال ان ركبتها الى موضع كذا فبكذا وان ركبتها الى موضع كذا فبكذا أو ذكر ثلاثة مواضع جاز استحسانا وفى الزيادة على الثلاثة لا يجوز وذكر محمد رحمه الله لهذا أصلا فقال الاجارة متى وقعت على أحد الشيئين أو على أحد الاشياء الثلاثة وسمى لكل واحد أجرا معلوما بأن قال آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم أو هذه الاخرى بعشرة دراهم أو هذه الثالثة بخمسة عشر درهما أو قال ذلك فى البيوت الثلاثة أو الحوانيت الثلاثة أو الاعبد الثلاثة أو قال ذلك فى المسافات المختلفة بأن قال آجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا أو الى الكوفة بكذا أو الى بغداد بكذا أو قال ذلك فى أنواع الخياطة الى الثلاثة يجوز وفى الزيادة لا يجوز وفرق بين الاجارة وبين البيع اذا باع أحد هذين العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا لا يجوز الا أن يشترط الخيار فى ذلك للبائع أو للمشترى على ما عرف وفى الاجارة يجوز من غير خيار لان الاجارة يجرى فيها من المسامحة ما لا يجرى فى البيع اه (قوله وهو جواز العقد فى اليوم الاول الخ) قالوا فى شروح الجامع الصغير فى قول أبى حنيفة الشرط الاول جائز والشرط الآخر فاسد اه اتقانى (قوله وعند زفر الشرطان فاسدان) أى فان خاطه فى اليوم أو فى الغد أو بعد غد يجب أجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم كذا ذكر الزاهد العتابى وغيره قال الكرخى فى مختصره فان خاطه من بعد الغد فله أجر مثله فى قولهم جميعا اه اتقانى (قوله لانه اجتمع فيها تسميتان فى اليومين) بيانه ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتأقيت الاجارة باليوم فاذا كان كذلك تبقى التسمية الاولى فى الغد فاذا جاء الغد تجتمع فيه تسميتان وذكر الغد للترفيه فاذا كان للترفيه كانت التسمية المضافة الى الغد موجودة فى اليوم أيضا فتجتمع تسميتان أيضا فى اليوم فيلزم البدلان على البدل بمقابلة عمل واحد فيفسد العقد فى اليومين جميعا اه اتقانى (قوله فخاطه اليوم استحق الدرهم) فدل على ان ذكر الغد للترفيه لا للاضافة والتعليق فاجتمع فى اليوم تسميتان فيفسد لجهالة البدل اه (قوله فخاطه غدا يستحق الدرهم) أى لان العقد المنعقد فى اليوم باق الى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت فاجتمع فى الغد أيضا تسميتان والخياطة واحدة فيجب احدى التسميتين وهى مجهولة وهذه جهالة توقعهما فى المنازعة اه (قوله لانه لو حمل على التأقيت لفسد العقد) أى ومتى حمل على التعجيل أو الترفيه لا اه كاكى (قوله ولابى حنيفة رحمه الله أن اليوم للتعجيل) أى لا للتوقيت الاجارة باليوم ولهذا صحت الاجارة فى اليوم الاول بالاتفاق فلو كان للتوقيت لم تصح لانه حينئذ يجتمع الوقت والعمل اه

(قوله فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل الخ) قال الاتقاني فلما كان ذكر اليوم للتعجيل بقيت التسمية الاولى بالتأخير الى الغد فاجتمع تسميتان في الغد فبطل الشرط الثاني لهذا باعتبار التزاحم وفي اليوم لم يجتمع تسميتان لان التسمية الثانية مضافة الى الغد عدم في الحال فلاجرم وجب المسمى في اليوم وأجر المثل في الغد اه (١٤٠) (قوله لا يزاد على نصف درهم في الصحيح) قال الاتقاني نقلا عن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهي الرواية الصحيحة اه (قوله وفي الجامع الصغير) أي والاصل اه اتقاني (قوله حدادا) حال من ضمير المخاطب اه اتقاني (قوله فالمذكور قول أبي حنيفة) وأي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة اه اتقاني وكتب ما نصه قال في اشارات الاسرار فان لم يسكن قال بعضهم يستحق الاقل لانه ثابت بيقين وبعضهم أوجبوا من كل مسمى نصفه واختيار القدوري هو الاول لانه قال في شرحه لمختصر الكرخي فان أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه أقل التسميتين لان الزيادة انما تستحق باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فوجب بالتخلية أقل الامرين اه اتقاني (قوله ومطلق العقد لا يتناوله) تقدم في كتاب العاريه متنا وشرحا أن مؤنة الرد على المؤجر قال الاتقاني في آخر كتاب الاجارة ولم يذكر صاحب الهداية مؤنة رد العين المستأجرة هنا اعتمادا على ما ذكر في كتاب العارية من مسئلة القدوري بقوله وأجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يستأجر من الرجل الرحى فيحملها فتنقضي الاجارة قال على المؤجر يجيء فيأخذها

لا يوجب كونه أجيرا مشتركا وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد فتعين المجاز كي لا يفسد فحملناه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على ارادة الحقيقة وهو الاضافة والتعليق فتركناه على حقيقته لانا لو حملناه على أنه للترفيه يؤدي الى فساد العقد من حيث انه يجتمع في اليوم تسميتان كما قال زفر فوجب حمله على أنه للاضافة كما هو حقيقته ونقصان الاجر في الغد أيضا يدل على ذلك لان ما يكون للترفيه لا تكون أجرته أنقص فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم الا تسمية واحدة فلم يفسد فاذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم فاذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين فيه لان المعلق ينزل بمجيء الغد والتسمية الاولى باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى على الانفراد معلوم فافترقا فان خاطه فيه يجب عليه أجر المثل لا يزاد على نصف درهم في الصحيح لانه المسمى فيه وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم لان التسمية الاولى باقية في الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان ولو خاطه بعد غد فالصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لم يرض بتأخيره الى الغد بأكثر من نصف درهم فأولى أن لا يرضى الى ما بعد الغد والصحيح على قولهما أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه وأما الثالث وهو ما اذا قال ان سكنت هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين فالمذكور قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا تجوز هذه الاجارة وعلى هذا الخلاف القسم الرابع وهو ما اذا قال آجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا ولهما أن الاجرة والمنفعة مجهولان لان الاجر في الاجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري أي العملين تقرر وأي التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجر لا يجب فيه الا بالعمل وبه ترتفع الجهالة وبخلاف الترديد في اليوم والغد لانه عندهما كمسئلة الرومية والفارسية فلا يجب الاجر الا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم فهذا هو القاعدة لهما أن الاجر متى وجب بالتسليم لا يجوز أن يكون مترددا بين شيئين عند التسليم لانه لا يدري أيهما يجب والاجارة تفسد ولابي حنيفة رحمه الله أنه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما أجرة معلومة فوجب أن يجوز كما في مسئلة الرومية والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع فالظاهر أنه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم عند عدم الاستيفاء بعد التسليم يجب نصف كل واحد من البدلين عند بعض المشايخ اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فجعل التسليم لهما والصحيح أنه يجب أقل البدلين لانه لا يكون أكثر ضررا من الانتفاع بأقلهما ضررا وكذا يجوز اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بمائة أو هذه الدار بمائتين أو آجرتك هذه الدار بخمسين أو هذا الدكان بعشرين وكذا يجوز بين ثلاثة أشياء ولا يجوز أكثر من ذلك والمعنى قد بيناه في البيوع قال رحمه الله (ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) لان مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر اذ هو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف اليه اذا المطلق يتقيد بمثل هذا من المتعارف فلا يكون له أن ينقله الى خدمة السفر لانه الاشق فصار نظير ما لو استأجر فرسا للركوب وعين الراكب فليس له أن يركب غيره للتفاوت وكذا لو استأجر دارا للسكنى فانه ليس له أن يسكن فيه حدادا لانه أضر ومطلق العقد لا يتناوله ولان مؤنة الرد على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا يملك الا باذنه

بخلاف

بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه ولا يقال لما ملك المستأجر منافعه ينزل منزلة المولى فيه وللمولى أن يسافر به فكذا لهذا لانا نقول انما ملك المولى ذلك لانه يملك رقبته لا لملك المنفعة ألا ترى أن للمولى أن يبيع رقبته وأن يزوجه ولا يملك المستأجر ذلك فكذا السفر له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك أو يكون وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك لان الشرط ملزم والمعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن لانه صار غاصبا ولا أجر عليه وان سلم لان الضمان والاجرة لا يجتمعان قال رحمه الله (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور أجرا دفعه اليه لعمله) معناه لو استأجر شخص عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل وأعطاه الاجر ليس للمستأجر أن يأخذه منه والقياس له أن يأخذه لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لانه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فكان له أن يسترده وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه فيجوز فتخرج الاجرة عن ملكه فليس له أن يسترده وهذا لان العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع المولى ألا ترى أنه يجوز قبوله الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا في حق المولى وجواز الاجارة بعدما سلم من العمل تمحض نفعا في حق المولى لانها اذا جازت يحصل للمولى الاجر بغير ضرر ولو لم تجز ضاع منافع العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز فاذا جازت الاجارة صح قبض العبد الاجرة لانه العاقد وقبض البدل الى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستأجر أن يسترده منه بخلاف ما اذا هلك العبد في حالة الاستعمال فانه يجب على المستأجر قيمته واذا ضمن صار مالكا له من وقت الاستعمال فصار مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر وكذا الصبي المحجور عليه اذا آجر نفسه وسلم من العمل كان الاجر له لانه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ من العمل نفع محض وفي النهاية الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين أجر المثل فان أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للمولى وأجر ما يستقبل للعبد وان آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فأجر ما مضى للمولى وان أجازها فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه هو العاقد قال رحمه الله تعالى (ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره) معناه اذا غصب رجل عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الاجرة فأكلها فلا ضمان عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه ضمانه لانه أتلف مال الغير بغير اذنه ولا تأويل لان المال للمولى لان اجارته نفسه جائزة على تقدير السلامة على ما بيناه وكسب العبد لمولاه لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالاخذ منه والاتلاف فيضمن ولابي حنيفة رحمه الله أن الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده أو بيد نائبه وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس نائبا عنه والعبد ليس في يد نفسه بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب أيضا تبعا لنفسه فلا يتصور أن يكون محرزا بحرزه اذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه ولم يقع في يد المولى حقيقة أو حكما بالاستنابة لا يكون معصوما له فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولان الاجرة بدل المنفعة والبدل حكمه حكم المبدل ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها ولان الغاصب لو آجر العبد بنفسه وأخذ الاجرة وأكلها فلا ضمان عليه فكذا اذا آجر العبد نفسه لان العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لانه في ضمانه ومن وجه كفعل المالك لانه هو المالك لرقبته وما تردد بين أصلين يوفر عليه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الاجر في يده فقلنا المالك أحق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه على الغاصب اذا أكله لان الاصل وهو العبد في ضمانه كالمبيع اذا كسب في يد البائع واستهلك البائع كسبه لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه

(قوله لان مؤنته عليه) أي مؤنة الرد على الموصى له بالخدمة دون الوارث اهـ (قوله ليس للمستأجر أن يأخذ منه) أي ليس للمستأجر أن يسترد من العبد المحجور الاجر اهـ (قوله فاذا جازت الاجارة) أي بعدما سلم من العمل اهـ كاكي (قوله وسلم من العمل) اذ أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك بخلاف العبد المحجور اذا هلك من العمل تجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكر أنه صار غاصبا اهـ كاكي (قوله ولا خيار للعبد) أي بلا خلاف اهـ كاكي (قوله فللعبد الخيار) أي كالصبي اذا بلغ في مدة الاجارة اهـ كاكي (قوله فأجر ما يستقبل للعبد) قال الاتقاني الا أن المولى هو الذي يتولى قبض جميع الاجرة وليس للعبد نقضها بعد اختيار المضي عليها وان كان المستأجر عجل الاجرة كلها للمولى قبل أن يعمل العبد شيئا في أول الاجارة فالاجرة كلها للمولى اذا اختار المضي على الاجارة لان المولى قد كان ملك الاجرة قبل عتقه (قوله لانه أتلف مال الغير بغير اذنه) أي لان كسب العبد ملك المولى ولهذا لو كان الكسب قائما بعينه أخذه المولى اهـ اتقاني

(قوله ولو آجر) أي الغاصب اهـ (قوله كان الاجر له) أي لا للمالك ولا ضمان على الغاصب بالاكل بالاتفاق وعند الائمة الثلاثة يرجع المالك على الغاصب باجر المثل كما لو آجر العبد نفسه اهـ كاكى (قوله في المتن وصح قبض العبد أجره) وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجر فان الخروج من عهدته يحصل بأدائه الى العبد فيما اذا آجر العبد نفسه فاما اذا آجره المولى فليس للعبد ولاية قبض الاجرة لان العبد ليس بعاقد ولا بوكيل عن العاقد وحقوق العقد ترجع الى العاقد كذا في الايضاح اهـ معراج الدراية (قوله تحريا) اى طلبا اهـ (قوله انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول) أي لو عمل في الشهر الاول دون الثاني استحق أربعة دراهم ولو عمل في الشهر الثاني دون الاول استحق خمسة دراهم اهـ اتقاني (قوله فصار كالوصرح به) أي وكذا لو استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهمين وشهرا بخمسة فالاولان بدرهمين اهـ كاكى (قوله في المتن ولو اختلفا في اباق العبد الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر من رجل عبد اله شهرا بدرهمين فقبضه في أول الشهر ثم جاء في آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق حين أخذته وقال المؤاجر ما كان ذلك الا قبل أن تأتيني بساعة قال القول قول المستأجر وان جاء وهو صحيح في يد المستأجر فقال المستأجر أبق حين أخذته أو مرض حين أخذته وكذبه المؤاجر فالقول قول المؤاجر الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اهـ اتقاني ﴿فرع﴾ قال الاتقاني رحمه الله قبيل باب الاختلاف من كتاب الاجارة ونختم الباب بمسئلة ذكرها شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في باب اجارة الرقيق من شرح الكافي قال واذا استأجر الرجل عبدا ليخدمه كل شهر بأجر مسمى فهو جائز لان الخدمة المعتادة معلومة ووقتها معلوم فصحت الاجارة وله أن يستخدمه من السحر الى أن ينام الناس بعد العشاء الاخيرة وانما يخدمه كما يخدم الناس القول لان الوقت الذي يحتاج الانسان فيه الى الخدمة هذا لان الناس ينامون بعد العشاء وينتبهون قريبا من طلوع الفجر ويحتاج الاجير الى أن يقوم قبل ليهيئ له أسباب الوضوء ويوقد النار والسراج وأشباه ذلك فلذلك قيدنا به اهـ (قوله وكذا لو باع شجرا فيه ثمر) أي ثم قال البائع بعت الاشجار دون الثمار والمشتري يقول اشتريتها مع الثمار قالوا ينظر ان كانت الثمار في يد البائع فالقول له وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري اهـ كاكى (قوله وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر) أي فالقول لصاحب الثوب قال القدوري في شرحه

بالاتلاف متعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الام فيضمنه عند التعدي كالام ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له ولو آجر العبد كان الاجر له قال رحمه الله (ولو وجد ربه أخذه) أي لو وجد مولى العبد ما في يد العبد من الاجرة أخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك قال رحمه الله (وصح قبض العبد أجره) أي لو قبض العبد أجرته من المستأجر جاز قبضه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق العقد اليه وتصرفه نفع محض على ما مر في عبد غير مغصوب فصح لكونه مأذونا له في التصرف النافع قال رحمه الله (ولو آجر عبده هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح والاول بأربعة) لانه لما قال أولا شهرا بأربعة انصرف الى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه لان الاوقات في حق الاجارة بمنزلة الاوقات في حق اليمين أن لا يكلم فلانا الان تنكيرها مفسد فيتعين عقيبها فاذا انصرف الاول الى ما يلي العقد انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول تحريا للجواز أيضا لانه أقرب الاوقات اليه فصار كالو صرح به قال رحمه الله (ولو اختلفا في اباق العبد ومرضه حكم الحال) معناه لو استأجر عبدا شهرا مثلا ثم قال المستأجر في آخر الشهر أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر اسناده الى أول المدة فقال أصابه قبل أن يأتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يصلح حجة كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهذا اذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له وان كان يشهد للمؤجر ففيه اشكال من حيث انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب أقر بالوجوب عليه ثم بالانكار بعد ذلك يكون متعرضا لنفسه فلا يقبل منه الا بحجة وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقني قبل ولادته فيكون حرا تبعا لي وقال المولى أعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر معها كان القول قول من في يده الثمر وهذا كله تحكيم للحال قال رحمه الله (والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والاجر وعدمه) يعني اذا اختلف رب الثوب والصانع في الخيط بأن قال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا أو في لون الصبغ بأن قال صاحب الثوب أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر أو في الاجرة بأن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصباغ بأجر كان

لمختصر الكرخي (١) فان شاء رب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله اهـ وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان أقاما البينة فالبينة بينة الخياط اهـ اتقاني (قوله والفتوى على قول محمد) قال الاتقاني قال شيخ الاسلام خواهر زاده وعليه الفتوى الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى والتتمة اهـ

﴿باب فسخ الاجارة﴾

ذكر الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا اهـ اتقاني وكتب ما نصه ثم انما يلي المستأجر الفسخ اذا كان المؤاجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب الفسخ فليس للمستأجر الفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما اهـ بدائع (قوله فيلزمه جميع البدل) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي (٣٤١) في مختصره واذا استأجر الرجل عبدا ليخدمه أو دابة ليركبها الى مكان معلوم أو دارا فحدث فيها عيب يضر بالانتفاع بما استؤجر من ذلك فالمستأجر بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ وان مضى على ذلك فعليه الاجر تاما لا ينقص منه شيأ وكذلك ان كان الحادث سقوط بيت منها فمضى على الاجارة لا ينقص منه شيأ وان كان ما حدث من جميع ذلك لا ينقص الانتفاع به فلا خيار له والاجارة له لازمة فان كان المؤاجر غائبا لم يكن للمستأجر أن يفسخ الاجارة فان كان المؤاجر غائبا فحدث ما يوجب الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ وان سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا الى هنا لفظ الكرخي والاصل فيه أن العيب اذا حدث بالعين المستأجرة فان أثر ذلك في المنافع يثبت الخيار للمستأجر كالعبد اذا مرض والدابة اذا مرضت والدار اذا انهدم بعضها لان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه فحدوث عيب فيه قبل القبض يوجب الخيار وان لم يؤثر ذلك في المنافع لا يثبت الخيار كالعبد المستأجر للخدمة اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره وكالدار اذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها لان العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار ثم فيما يثبت له الخيار اذا استوفى المنفعة يلزمه الاجر كاملا كالمشتري اذا رضي بالعيب ثم اذا حدث ما يوجب الفسخ لا يجوز الفسخ الا بحضور المتعاقدين لان حضورهما أو حضور نائبهما شرط الفسخ فان سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهدا كان صاحب الدار أو غائبا اهـ اتقاني رحمه الله

القول في الكل قول المستأجر أما اذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلان الاذن يستفاد من جهة رب الثوب فكان أعلم بكيفيته ولانه لو أنكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا أنكر وصفه اذ الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيأ لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف فاذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمولا وله أجر مثله ولا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل لانه موافق من وجه وهو في أصل العمل مخالف من وجه وهو في الصفة فيميل الى أيهما شاء وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن أبي ليلى القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه أو ليثبت لنفسه الخيار وهو منكر فكان القول له وجوابه ما بينا وأما اذا اختلفا في الاجر فلان المستأجر منكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصانع حريفا له أي معاملا له بأن كان يدفع اليه شيأ للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر والا فلا لان ما تقدم منهما من المقاطعة يدل على أنه يعمل بأجر فقام ذلك مقام الاشتراط لان العادة قد جرت بالدفع للعمل الى من يخالطه من غير تسمية الاجر للعلم به وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر وقيام حاله بها كان القول قوله والا فلا لانه لما فتح الدكان لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا للظاهر المعتاد وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه منكر وما ذكراه من الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق اذ الظاهر يصلح للدفع لا غير ألا ترى أن ذا اليد يدفع المدعي باليد ثم اذا بيعت بجنب ما في يده دار لا يستحق به الشفعة لما قلنا والفتوى على قول محمد رحمه الله

﴿باب فسخ الاجارة﴾

قال رحمه الله (وتفسخ بالعيب) أي تفسخ الاجارة بالعيب لان العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب فاذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع والمعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ثم اذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد

---

(١) قول المحشي فان شاء الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة نقصا فليحرر اهـ

(قوله وهذا يشير الى أن الاجارة لا تنفسخ الخ) ولكن يثبت له حق الفسخ وبه كان يفتى شمس الأئمة السرخسى وشيخ الاسلام واستدل بما روى هشام عن محمد انه لو استأجر بيتا فانهدم ثم بناه الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع من القبض ولا للآجر فهذا دليل على أن العقد لم ينفسخ ولكنه يفسخ وهذا لان المنفعة غير فائتة من كل وجه اذ أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط وفى انقطاع الماء لو فاتت من كل وجه لكنها تحتمل العود فأشبه اباق العبد وذلك لا يوجب الانفساخ قال والذى ينفسخ بالانهدام يعود بالبناء ومثله جائز كما فى الشاة المبيعة اذا هلكت فى يد البائع ينفسخ العقد ثم اذا دبغ جلدها يعود العقد بقدره فكذا هذا بخلاف السفينة اذا نقضت وصارت ألواحا ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر لان السفينة بعد النقض اذا أعيدت صارت سفينة أخرى ألا ترى أن من غصب ألواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها اه كاكى (قوله وقال بعضهم تنفسخ) وهذا الذى ذكره هو اختيار القدورى واليه ذهب صاحب التحفة وأبو نصر البغدادى فى شرحه واختيار خواهر زاده وشمس الأئمة بخلاف ذلك اه اتقانى رحمه الله (١٤٤) (قوله والاول أصح) قال الاتقانى وفى اجارات شمس الأئمة اذا انهدمت الدار كلها فالصحيح انه لا تنفسخ الاجارة لكن تسقط الاجرة عنه فسخ أو لم يفسخ اه (قوله فى المتن وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين) قال الاتقانى وذلك لان المؤجر اذا مات ينتقل الملك منه الى ورثته وعقد الاجارة اقتضى استيفاء المنافع من ملك المؤجر لا من ملك غيره فلو بقى عقد الاجارة يلزم استيفاء المنافع من ملك الغير وهذا لا يجوز وان مات المستأجر وقد عقد الاجارة لنفسه فكل ماله من المال انتقل الى ورثته وعقد الاجارة اقتضى أن تستحق الاجرة من مال المستأجر لا من مال غيره فلو بقى عقد الاجارة بعد موته تكون الاجرة مستحقة من مال غيره وهذا لا يجوز فتعين بطلان الاجارة لعدم امكان بقائه بخلاف ما اذا عقد الوكيل أو الوصى أو متولى الوقف حيث لا يبطل الوقف لان المعنى الذى قلنا فى العاقد لنفسه لا يجوز فى العاقد لغيره ونقل فى خلاصة الفتاوى عن باب اجارة الظئر أن أحد المتعاقدين لو جن جنونا مطبقا لا تنفسخ الاجارة وقال فى الفتاوى الصغرى بموت الموكل تنفسخ الاجارة وبموت الوكيل لا ونقل فى الاجناس عن اجارة الاصل اذا آجر الاب أرض ابنه الصغير أو الوصى ومات لا تبطل الاجارة وكذلك لا تبطل اجارة الظئر بموت والد الصبى الذى استأجرها وتبطل بموت الصبى والمستأجرة وقال الكرخى فى مختصره وان ماتت الظئر قبل المدة أو مات الصبى انتقضت الاجارة وكان لها من الاجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت وقال فى الاجناس أيضا لو آجر الوقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الاجارة ولم يذكر فيه القياس ولا الاستحسان ونقله فى الخلاصة عن الذخيرة ثم نقل القياس والاستحسان فقال القياس ان تبطل الاجارة وبه أخذ أبو بكر الاسكاف لانه فى معنى المالك لانه ليس لاحد غيره وفى الاستحسان لا تبطل لانه آجر لغيره كالوكيل اه ﴿فرع﴾ قال فى القنية آجر الوقف عليه عشر سنين ثم مات وانتقل الى مصرف آخر انتقضت الاجارة ويرجع بما بقى من الاجر فى تركة الميت اه وما ذكره من الانتقاض هو القياس دون الاستحسان والعمل على الاستحسان والله الموفق

بعقد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتى بعده فسقط خياره قال رحمه الله (وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحى) أى تفسخ الاجارة بهذه الاشياء وهذا يشير الى أن الاجارة لا تنفسخ بهذه الاشياء وقال بعضهم تنفسخ لان المعقود عليه وهو المنافع المخصوصة قد فاتت قبل القبض فصار كهلاك المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر والاول أصح ووجهه أن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه اباق المبيع قبل القبض أو المستأجر وقال فى الاصل ان الاجارة فى الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء وقد روى هشام عن محمد أنه لو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤجر وأراد المستأجر أن يسكنه فى بقية المدة فليس له أن يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستأجر أن يمتنع منه وهذا صريح بأنه لا ينفسخ ولكنه يفسخ ولان أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقى العقد لكن لا أجر على المستأجر لعدم التمكن من الانتفاع به على الوجه الذى قصده بالاستئجار ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقى شئ من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمته حصته قال رحمه الله (وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين ان عقدها لنفسه) وقال الشافعى لا تبطل بموت أحدهما ولا بموتهما لان المنافع عنده كالاعيان القائمة فكما لا تبطل فى العين لا تبطل فيها ولنا أن العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع فاذا مات المؤجر فالمنافع التى تستحق بالعقد هى التى تحدث على ملكه وقد فات بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة العين تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقدا ولا راضيا به واذا مات المستأجر فلو بقى العقد انما يبقى على أن يخلفه وارثه والمنفعة المجردة لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة لا تنتقل الى ورثته وكذا لو مات المستعير تبطل العارية فكذا الاجارة اذ لا فرق بينهما الا من حيث ان أحدهما بعوض والآخر بغير عوض وذلك لا تأثير له فى حق الارث كالاعيان المملوكة بعوض أو بغير عوض اذ الوراثة خلافة ولا تتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث ثابتا فى الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه فى الوقت الثانى ويقوم مقامه فيه بعينه والمنفعة

الموجودة

الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فتعين البطلان كعقد النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه ورثته قال رحمه الله (وإن عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف) لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا وإن مات أحد المستأجرين أو أحد المؤجرين بطلت الإجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي وقال زفر رحمه الله تبطل في نصيب الحي أيضا لأن الشيوع مانع من صحة الإجارة فيكون كالمقارن قلنا الشروط يراعى وجودها في الابتداء دون البقاء كالهبة وكالشهادة في النكاح قال رحمه الله (وتفسخ بخيار الشرط) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح اشتراط الخيار فيها لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله إن كان الخيار له إذ لا بد له من تلف شيء من المنفعة في مدة الخيار وإن كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال لأن ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا يمكن تسليمه وليس له تفريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم مع خيار الشرط بخلاف البيع لأنه يمكن رد جميع المعقود عليه فيه إذ المبيع عين تبقى ولنا أنه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالإقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وهذا لأن الخيار شرع في البيع للتروي حتى إذا كان فيه غبن وخسارة يفسخ لأن الإجارة تقع بغتة من غير سابقة تأمل فيمكن أن تصادف غير موافق فيحتاج إلى إزالته فيجوز له اشتراطه كالبيع بخلاف النكاح فإنه لا يقع بغتة بل تتقدمه السوم والتأمل في الموافق فلا يحتاج فيه إلى التروي بعده فلا يحتاج إليه ولأن النكاح لا يقبل الفسخ بالإقالة فلا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفيد ألا ترى أن الإجارة تفسخ بعيوب مغيرة كالبيع وليس كذلك النكاح وبخلاف الصرف والسلم لأن شرط الخيار فيهما يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب للقبض في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فكذا بخيار الشرط للضرورة بخلاف البيع لأنه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع فلا ضرورة ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعدما مضى بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة وفي البيع لا يجبر عليه بعدما هلك بعضه لعدم الضرورة فعلم بذلك أن هلاك بعض المعقود لا يؤثر في منع الفسخ والمضي فيها ولأن العقد في المنافع يقع متفرقا لأنه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار كل جزء من أجزاء المنفعة كأنه معقود عليه بعقد على حدة فلا يتصور فيه تفريق الصفقة إذ هو لا يكون إلا فيما انعقد بعقد واحد قال رحمه الله (والرؤية) أي تفسخ بخيار الرؤية أيضا وقال الشافعي لا يجوز استئجار ما لم يره للجهالة قلنا الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت تفضي إلى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي إليها لأنه إذا لم يوافقه يرده فلا تمنع الجواز ثم إذا رآه يثبت له خيار الفسخ لأن العقد لا يتم إلا بالتراضي ولا رضا دون العلم وقد قال عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه والإجارة شراء المنافع فيتناوله ظاهر الحديث لفظا أو دلالة قال رحمه الله (و) تفسخ (بالعذر وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه) أي موجب العقد (إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) أي بالعقد (كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع أو ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه أو حانوتا ليتجر فيه فأفلس أو آجر دكانا أو دارا ثم لزمه دين بعيان أو بينة أو بإقرار ولا مال له غيره أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا المكاري) وقال الشافعي لا تفسخ الإجارة بالأعذار إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان ومذهب شريح أن الإجارة غير لازمة ولكل واحد منهما فسخها وإنما أجيزت للضرورة كالعارية

(قوله بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه يعني أن فوات بعض المعقود عليه يمنع الرد دون الإجارة اهـ اتقاني (قوله المبيع) كذا بخط الشارح وعبارة الهداية بخلاف البيع اهـ (قوله ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي في باب إجارة الدور والبيوت وإن استأجر دارا سنة (١٤٥) فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر وقد طلب إليه التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة ولا للمؤاجر أن يمتنع من التسليم قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي فرق بين هذا وبين المبيع إذا هلك بعضه حيث يتخير المشتري في الباقي والفرق أن المعقود عليه واحد فإذا هلك بعضه تعيب الباقي أما ههنا فالعقد متعدد لأنه ينعقد على حسب حدوث المنفعة وانفساخه فيما مضى لا يقتضي استحقاق الفسخ في المستقبل اهـ اتقاني (قوله ومذهب شريح أن الإجارة الخ) قال الاتقاني وقال ابن أبي ليلى تفسخ بغير عذر أيضا كذا ذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير وهو مذهب شريح كذا في شرح الكافي ﴿فروع﴾ قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وإن أراد صاحبه أن يبيعه لم يكن له ذلك وإن باعه لم يجز لأنه تعلق به حق المستأجر وهو حق الانتفاع فإن نفذ البيع أو تقاضى المستأجر وإن كان عليه دين فقضى به فباعه فيها على روايته جاز لأنه لا يخلص عن عهدة الدين إلا ببيعه إلى هنا لفظ شرح الكافي وقال في مختصر الطحاوي ومن آجر داره ثم باعها قبل انقضاء المدة فيها قال أبو حنيفة ومحمد للمستأجر منع المشتري منها ونقض البيع عليه فيها فإن نقضه كان منتقضا ولم يعد بعد ذلك وإن لم ينقضه حتى فرغت الدار من الإجارة نفذ البيع فيها وقد روى أبو يوسف السمع وروى عنه أصحاب الإملاء أنه قال لا سبيل للمستأجر إلى نقض البيع فيها والإجارة فيها كالعيب فيها فإن علم المشتري بذلك فله أن يرد البيع على البائع منه والمشتري قبض

الدار بعد انقضاء الاجارة فيها وان لم يكن علم بذلك كان بالخيار ان شاء نقض البيع فيها للعيب الذى وجد بها وان شاء أمضاه والذى يرويه محمد من قول أبي حنيفة أنه ليس للمستأجر نقض البيع ولكنه ان أجاز البيع كان فى ذلك ابطال ما بقى من اجارته والقول الاول انما رواه من قول أبي حنيفة غيره الى هنا لفظ الطحاوى فى مختصره وقال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ومن آجر داره ثم باعها قبل انقضاء مدة الاجارة فان البيع جائز فيما بين البائع والمشترى حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازما للمشترى وليس له أن يمتنع عن الاخذ الا اذا طالب المشترى البائع قبل انقضاء مدة الاجارة فلم يمكنه من ذلك وفسخ القاضى العقد فيما بينهما فانه لا يعود جائزا بمضى المدة ولو أن المستأجر أجاز البيع جاز وبطلت الاجارة فيما بقى من المدة ولو فسخ فانه لا ينفسخ البيع بينهما حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشترى أن يأخذ هذا فى ظاهر الرواية وروى الطحاوى عن أبي حنيفة ومحمد أن المستأجر له أن ينقض البيع فاذا نقض البيع فانه لا يعود وروى عن أبي يوسف أنه قال ليس للمستأجر نقض البيع والاجارة فيها كالعيب (١٤٦) فان كان المشترى عالما وقت الشراء بالاجارة فليس له أن يطالب البائع بتسليم الدار الى أن يمضى وقت الاجارة وان لم يكن عالما وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء نقضه بالعيب وان شاء أمضاه وكذلك هذا الحكم فى الاقرار اذا أقر بداره لرجل بعد ما آجرها فان اقراره يصح فى حق نفسه (١) (قوله وقال بعضهم الخ) ظاهر عبارة الكافى رجحان القول السابق على هذا والله الموفق اهـ (قوله وقوله أو استأجر دابة الخ) قال الاتقانى وجملة هذا ما ذكر شيخ الاسلام فى شرح الكافى للحاكم الشهيد قال وان استأجر دابة الى بغداد وهى بعينها ثم بدا للمستأجر أن يقعد فلا يخرج فهذا عذر لانه قد تتعلق مصلحته بالسفر فى زمان دون زمان فاذا وقع الاستغناء عنه اندفعت الحاجة بدونه فيكون عذرا وكذلك لو أراد الخروج فى طلب غريم له أو عبد آبق فرجع يعنى الغريم أو العبد لان الحاجة قد اندفعت مثله وكذا لو مرض أو لزمه غريم أو خاف أمرا أو نفقت الدابة أو أصابها شىء لا يستطيع الركوب معه كان هذا عذرا لانه يتعذر عليه الانتفاع بالمحل المستأجر فان لم يكن الامر على ما ذكرت لك وأراد رب الدابة أن ينقض الاجارة ليس له ذلك لانه لا عذر وان عرض لرب الدابة مرض لا يستطيع الشخوص فيه مع دابته لم يكن لرب الدابة أن ينقض الاجارة ولكنه يؤمر أن يرسل معه رسولا يتبع الدابة وكذا لو أخذه غريمه لان الانتفاع يقع بالدابة ولا مانع فى حقها واقامة غيره مقام نفسه ممكن فانتفى الضرر فبقى العقد على ما كان وان عطبت كان هذا عذرا لانه يعجزه عن الانتفاع بها وهذا اذا استأجر دابة بعينها فأما اذا كانت بغير عينها لم يكن هذا عذرا لان العجز عن تسليم دابة بعينها لا يكون عجزا عن تسليم دابة مطلقة فيؤمر أن يأتيه بدابة يحمل عليها لانه التزم العمل اهـ (قوله لانه لا يعرى عن ضرر) روى الكرخى فى مختصره بقوله

ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم فينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير عذر كالعارية قلنا هى عقد معاوضة فيلزم من الجانبين كالبيع وكونه أجيز للحاجة لا يدل على عدم لزومه ألا ترى أن السلم أجيز للحاجة ويلزم اذا وقع بخلاف العارية فانها عقد تبرع فلا يلزم على ما بينا ثم المنافع غير مقبوضة فى الاجارة فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض فى المبيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهذا هو معنى العذر وفى كل واحد من الامثلة التى ذكرها عذر ظاهر وفى المضى فيها ضرر دينى فوق ضرر العيب فيجوز له الفسخ وهذا لان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه بالقياس فقلنا العقد فى حكم المضاف فى حق المعقود عليه والاضافة فى عقود التمليكات تمنع اللزوم فى الحال كالوصية ثم قال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى لانه بمنزلة العيب فى المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ وفى الزيادات أن الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضى كالرجوع فى الهبة قال شمس الائمة السرخسى هذا هو الاصح ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا انفسخ والا فيفسخه الحاكم وقال قاضيخان والمحبوبى هو الاصح والعذر الظاهر مثل استئجار الحداد لقلع الضرس ثم سكن الوجع أو الطباخ ليطبخ الوليمة ثم خالع المرأة وقوله أو آجره ولزمه دين أى آجر الدكان ثم لزمه دين ولا يقدر على ايفائه الا من ثمن ما آجر واختلفوا فى كيفية فسخه فقال بعضهم يبيع الدار أولا فينفذ بيعه وتنفسخ الاجارة ضمنا لبيعه وقال بعضهم يفسخ الاجارة أولا ثم يبيع قوله ولزمه دين بعيان أو بيان أو باقرار وانما ذكره ليبين أنه لا فرق فى ثبوت الدين بين أن يكون بمشاهدة أو باقامة بينة أو باقرار اذ بالكل يلحقه ضرر لانه يحبس به فيتضرر وقوله أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا للمكارى أى لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له أن لا يسافر يعذر ولو بدا للمكارى لا يعذر لان المكترى بالسفر يلزمه مشقة وضرر وربما يفوت ما يسافر لاجله كالحج وطلب الغريم والمكارى لا يلزمه ذلك الضرر لانه يمكنه أن يقعد ويبعث على يد تلميذه أو أجيره وكذا لو مرض لما ذكرنا وروى الكرخى أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرر لان غيره لا يشفق على دابته

(١) هنا بياض بالاصل مقدار سطرين ونصف وكتب عليه المجرد ما نصه قد نبه الشيخ الشلبى رحمه الله فى آخر هذه الحاشية وقال بقيتها فى الصفحة السابقة فلم نجد بقيتها فليعلم ذلك اهـ كتبه مصححه

مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم يمرض وعلى رواية الاصل ليس بعذر لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شئ فى أرض غيره لم يضمن) لان هذا تسبيب وشرط الضمان فيه التعدى ولم يوجد فصار كالوحفر بئرا فى ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما فى ملكه فأصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدى لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والتسبيب ليس بعلة فلا بد من التعدى ليلتحق بالعلة واحراق الحصائد فى مثله مباح فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله هذا اذا كانت الرياح هادية حين أوقد النار ثم تحركت لانه لا صنع له فى تحريكها وأما اذا كانت الرياح مضطربة ينبغى أن يضمن لانه يعلم انها لا تستقر فلا يعذر فيضمن وذكر فى النهاية معزيا الى التمرتاشى أنه لو وضع جمرة فى الطريق فأحرقت شيأ ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شئ فأحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله ولو أخرج الحداد الحديد من الكير فى دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامة وأحرق شيأ ضمن ولو لم يضربه ولكن أخرج الريح شيأ فأحرق شيأ لم يضمن ولو سقى أرضه سقيا لا تحتمله الارض فتعدى الى أرض جاره ضمن لانه لم يكن منتفعا فيما فعل بل كان متعديا قال رحمه الله (وان أقعد خياط أو صباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) وهذا استحسان والقياس أن لا يصح لان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول ولان الاجرة بعض ما يخرج من العمل فصار كقفيز الطحان وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول أيضا ووجه الاستحسان أن هذه شركة الصنائع وليست باجارة لان تفسير شركة الصنائع أن يكون العمل عليهما وان كان أحدهما يتولى العمل بحذاقته والآخر يتولى القبول بوجاهته واذا وجدنا له سبيلا الى الجواز وهو متعارف وجب القول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما والقبول جائزا لهما اذ ليس فى كلامهما الا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما وراءه فأمكننا اثبات الشركة فى التقبل والعمل اقتضاء ولو صرحا بشركة التقبل فعمل أحدهما ما قبله صاحبه أو ما قبله بنفسه ولم يعمل الآخر لعذر به من مرض ونحوه كانت الاجرة بينهما على ما عرف فى موضعه فكذا هنا وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يتقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس فى هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هى شركة الصنائع على ما بينا قال رحمه الله (وان استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة صح وله المحمل المعتاد) والقياس أن لا يجوز وهو قول الشافعى لان المحمل مجهول فيفضى الى المنازعة ووجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الى المعتاد وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر والمهاد والدثر هو ما يلقيه المرء على نفسه والمراد ما يلقيه الراكب على نفسه قال رحمه الله (ورؤيته أحب) أى رؤيته

وقال أبو يوسف ان مرض المؤاجر أو أصاب ابله داء فله أن يفسخ اذا كانت بعينها اه اتقانى (قوله فى المتن ولو أحرق حصائد أرض الخ) مسائل منثورة أى نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافيا لما فات اه وجد ذلك مكتوبا بخط الشيخ الشلبى رحمه الله (قوله هذا اذا كانت الرياح هادية) هادية وهادئة بالهمز معناهما ساكنة اه من خط الشارح رحمه الله (قوله فوضعه على العلاة) قال فى الصحاح والعلاة السندان والجمع العلا ويقال للناقة علاة تشبيها بها فى صلابتها يقال ناقة علاة الخلق اه (قوله وأحرق شيأ) أى أوقفا عينه فدية على عاقلته اه اتقانى (قوله والقياس أن لا يصح) والطحاوى أخذ فى هذه المسئلة (١٤٧) بالقياس وقال عندى القياس أولى من الاستحسان اه كاكى (قوله فالعامل أجيره بالنصف) أى بنصف ما يتقبل اه كاكى (فرع) وفى المحيط اشترط عقبة للاجير وهو أن يستأجرها اثنان ينزل أحدهما ويركب الآخر ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف وبه قالت الائمة الثلاثة وقال المزنى لا يجوز اكتراء العقبة الا مضمونة فى الذمة وهو أن يبين مقدار ركوب كل واحد بالزمان أو الفرسخ والحاصل أن اكتراء العقبة أى الظهر مبنى على العرف اذ المعروف كالمشروط اه معراج (قوله فى المتن وان استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الخ) قال فى الشامل فى قسم المبسوط استأجر بعيرين الى مكة ليحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدثر ورآهما ولم ير الوطاء وعلى الآخر زاملة عليه كذا مختوما من السويق وما يكفى من الماء ولم يبين قدره وما يصلحهما من الخل والزيت والمعاليق ولم يبين وزنه أو شرط أن يحمل من مكة من هدايا مكة ما يحمل الناس فهو فاسد قياسا لجهالة الحمل وجاز استحسانا لان التعامل جرى به بحمل قربتين من ماء واداوتين من أعظم ما يكون كذا فى الشامل اه اتقانى قوله وجاز استحسانا أى للتعارف وله أن يحمل ما هو متعارف وحكى مثله عن مالك وقال الشافعى وأحمد لا بد من معرفة المحمل والوطاء والدثر والمعاليق وقدر الزاد لما ذكرنا أنه مجهول جهالة تفضى الى المنازعة وهو القياس قاله الكاكى رحمه الله (قوله وهو معلوم) أى لان أجسام الناس متقاربة فى الغالب اه كاكى (قوله يزول بالصرف الى المعتاد) أى فلا يؤدى الى المنازعة اه كاكى (قوله وكذا اذا لم ير الوطاء) يعنى يجوز العقد استحسانا اه والوطاء الفرش المفروشة اه كاكى

(قوله ردّ عوض ما أكل) أى وكذا غير الزاد من المكيل أو الموزون اه هداية (قوله وقال بعض أصحاب الشافعى الخ) وهذا الخلاف اذا أطلق أما اذا شرط الاستبدال يستبدل بلا خلاف ولو شرط عدم الاستبدال لا يستبدل بلا خلاف ولو سرق أو هلك بغير أكل أو بأكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف اه كاكى (قوله وهذا هو معنى الاضافة) قلت وليس ما ذكره هو المراد باضافتها وانما المراد اضافة العقد الى الزمان المستقبل كأن يقول آجرتك هذه الدار غدا شهرا بكذا أو يقول وهو فى يوم السبت مثلا آجرتك هذه الارض يوم الجمعة سنة بعشرة أو قال وهو فى رجب أو فى ربيع الاول آجرتك دابتى هذه رأس شعبان شهرا بكذا ونحو ذلك وقد اختلف المشايخ فى هذه الاجارة فاختار الشيخ ظهير الدين أن الاجارة المضافة لا تجوز وقال صاحب المحيط اضافة الاجارة الى وقت فى المستقبل جائزة وقال فى الفصول المختار أنها جائزة وكذا قال صدر الاسلام قال فى الذخيرة فلو أراد نقضها قبل مجىء الوقت فعن محمد فيه روايتان فى رواية لا يصح النقض وفى رواية يصح وجه هذه الرواية أنه لم يثبت (١٤٨) للمستأجر حق فى هذا العقد لانه غير منعقد أصلا ولهذا لا يملك الاجرة بالتعجيل فى هذه الاجارة وجه الرواية الاولى أن العقد انعقد فيما بين المتعاقدين وان لم ينعقد فى حق الحكم فالآجر بالنقض يريد ابطال العقد المنعقد حقا للمستأجر فلا يقدر على ذلك وعلى هذه الرواية يملك الاجرة بالتعجيل فى هذه الاجارة واذا باع المؤجر العين المؤجرة فى الاجارة المضافة قبل مجىء ذلك الوقت ذكر شمس الائمة الحلوانى فى رهن الجامع أن فيه روايتين فى رواية لا ينفذ البيع ولا تبطل الاجارة المضافة وفى رواية ينفذ البيع وتبطل الاجارة وبه أفتى شيخ الاسلام وفى فتاوى قاضيخان والفتوى على أنه ينفذ البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلوانى اه شرح الوقاية للشيخ قاسم رحمه الله (قوله وفسخها معتبر بها فتجوز اضافته) قال الشيخ قاسم فى شرح النقاية قلت اذا كان لا تجوز المعنى باضافتها أنها تنعقد ساعة فساعة على ما ذكر فلا يصح اذ فسخها يعتبر بها والله أعلم اه قلت وظاهر كلامه هنا والذى نقلناه عنه عند قوله سابقا وهذا هو معنى الاضافة أنه اعتراض على الشارح رحمه الله وأقول لا اعتراض عليه لقوله أ بهذه المقالة أى مضافا الى الزمان المستقبل وما ذكر من قوله ولهذا قلنا الى قوله وهذا هو معنى الاضافة انما هو استيضاح منه لصحة اضافة الاجارة الى الزمان المستقبل فان القياس عدم جواز الاجارة لكون المنافع معدومة لكن استحسن جوازها وصار العقد مضافا الى حدوث المنافع فينعقد العقد فى كل جزء من المنفعة على حسب حدوثها شيأ فشيأ ولهذا قالوا ان عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة كما أوضحه الشارح رحمه الله عند قول المصنف والاجرة لا تملك بالعقد فاذا ثبت أن الاجارة فى حكم عقود لانعقادها ساعة فساعة وهى بهذا المعنى مضافة فلا خفاء حينئذ فى جواز اضافتها الى الزمان المستقبل فقد بان لك أن ليس المراد من قوله وهذا هو معنى الاضافة الاضافة التى أرادها المصنف هنا كيف والشارح يصرح بأن المراد الاضافة الى الزمان المستقبل فافهم ترشد والله الموفق هذا ما ظهر لكاتبه بلغه الله مقاصده بمحمد وآله

المكارى الحمل أجود لانه أبعد من الجهالة وأقرب الى العلم بتحقق الرضا منه قال رحمه الله (ولو قدر زادا فأكل منه ردّ عوضه) أى ان استأجر جملا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه فى الطريق ردّ عوض ما أكل وقال بعض أصحاب الشافعى ليس له أن يردّ عوض ما أكل لان عرف المسافرين أنهم يأكلون الزاد ولا يردّون بدله والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الردّ اذا نفد ما عنده لان العرف بينهم جرى بردّه عند نفاده ولنا أنه استحق عليه حملا مقدرا فى جميع الطريق فله أن يستوفيه وصار كالماء والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردّون فلا يلزمنا عرف البعض أو يحمل فعل من لا يرد على أنهم استغنوا عنه فلا يلزم حجة ولهذا يردّه بعضهم وهم المحتاجون اليه قال رحمه الله (وتصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتق والوقف مضافا) أى مضافا الى الزمان المستقبل لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصوّر وجودها فى الحال فتكون مضافة ضرورة ولهذا قلنا تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدوثها على ما بيناه فى أول الكتاب وهذا هو معنى الاضافة وفسخها معتبر بها فتجوز اضافته ألا ترى أن البيع لما لم تجز اضافته لا تجوز اضافة فسخه أيضا الى الزمان وهو الاقالة لانه معتبر به والمزارعة والمعاملة وهى المساقاة اجارة لان من يجيزهما يجيزهما على أنهما اجارة فتجوز اضافتهما لما ذكرنا والمضاربة والوكالة من باب الاطلاق وكل ذلك تجوز اضافته على ما بيناه والكفالة التزام المال ابتداء فتجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر لكن فيها تمليك المطالبة فلا يجوز تعليقها بمطلق الشرط بل بشرط ملائم بخلاف الوكالة فانه يجوز تعليقها بمطلق الشرط اذا كان متعارفا والايصاء وهو اقامة الشخص مقام نفسه فى التصرف بعد الموت والوصية وهى تمليك المال بعد الموت لا يكونان الا مضافين اذ الايصاء فى الحال لا يتصور الا اذا جعل مجازا عن الوكالة والقضاء والامارة يجوز تعليقهما بالشرط واضافتهما الى الزمان لانهما ولاية وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أمّر زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة رواه البخارى قال رحمه الله (لا البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) يعنى هذه الاشياء

ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق
لان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وقيل في وجه مناسبة ايراد كتاب المكاتب بعد كتاب الاجارة ان كل واحد
من كتاب الاجارة والكتابة عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق
الاصالة وقولنا بمقابلة ما ليس بمال احتراز عن البيع والهبة بشرط العوض وقولنا بطريق الاصالة احتراز عن النكاح والطلاق والعتاق
على مال فان العوض ليس بأصل في الطلاق والعتاق وكذا في النكاح لانه يصح بلا تسمية المال اه اتقاني وقدم الاجارة لانه أشبه
بالبيع من حيث التمليك والشرائط وجريانه في غير المولى وعبده اه كاكي قال الاتقاني ثم اعلم أن الكتابة لا تجوز قياسا لما فيها من
اثبات الدين للمولى على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولكن جوزت استحسانا بدليل الكتاب والسنة واجماع الامة اه (قوله
في المتن المملوك) ليس في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله في المتن كاتب مملوكه ولو صغيرا يعقل بمال حال) وفي الحال
كما امتنع من الاداء رد في الرق يعني في عقد الكتابة بلا أجل يطالب المولى العبد بما قبل فان أدى عتق وان امتنع عن
الاداء رد الى الرق لان شرط
الفسخ قد وجد وهو فوات
لزوم العقد لفوات ما هو
المقصود بالعقد ولكن لا يرد
في الرق الا بالتراضي أو بقضاء
القاضي فان قال أخرني وله
مال حاضر أو غائب يرجى
قدومه أخر يومين أو ثلاثة
لان الامهال في مثل هذه المدة
تعمل دون أخير كالمديون
اذا قال أبيع عبدي هذا
وأقضي حقه لا يتعجل
القاضي ويمهله يومين أو
ثلاثة كذا ههنا كذا ذكر
الولوالجي اه اتقاني مع
حذف وكتب ما نصه قال
الحاكم الشهيد في باب مكاتبة
الصغير من مختصر الكافي
واذا كاتب الرجل عبده الصغير الا يعقل لم يجز وان كان يعقل جاز ويكون كالعبد الكبير في جميع أحكامه فان كان لا يعقل وله تمام
فكاتبه ثم أدى عنه رجل فقبلها المولى لم يعتق لاني لو أجزت هذا أجزت لو كاتب رجل ما في بطن جارية فقبل رجل بعد ذلك فأدى عنه أن
يعتق فليس هذا بشيء ويرد المال الى صاحبه الى هنا لفظ الحاكم وذلك لان الجواز يعتمد القبول والذي لا يعقل ليس من أهل القبول والذي
يعقل من أهل القبول ويكون كالعبد الكبير في جميع أحكامه وقوله لو أجزت هذا لاجزت لو كاتب رجل ما في بطن جاريته اشارة الى أن
أداء الاجنبي انما يصح اذا انبنى على القبول ولم يوجد القبول لا من الصبي ولا من نائبه وانما رد المال الى صاحبه لانه أداه مقصود ولم يحصل
ذلك المقصود وبدأ أداه بسبب باطل فلم يصح أداؤه وقال في شرح الطحاوي وان كان لا يعقل لا يجوز الا اذا قبل عنه انسان فانه يجوز
ويتوقف على ادراكه فان أدى عنه القابل عتق والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر وفي الاستحسان ليس له ذلك اه اتقاني
(قوله لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب) والكتاب والمكاتبة كالعتاب والمعاتبة ومعناه أن يقول المولى لعبده كاتبتك على ألف درهم
أي كاتبتك بألف درهم فيقول العبد قبلت ومعنى العقد كاتبتك كتب فيه من الكتابة على العبد الوفاء وعلى المولى العتق ولم يسم بذا
الاسم سائر العقود وان كان يوجد فيها معنى الكتابة لئلا تبطل التسمية كالقارورة سمي بهذا الاسم لقرار المائع فيها ولا يسمى الكوز
ونحوه قارورة وان كان يقر المائع لئلا تبطل الاعلام اه اتقاني

لا تجوز اضافتها الى الزمان المستقبل لانها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف
الفصل الاول لان الاجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال وكذا الوصية وأما الامارة والقضاء فمن باب الولاية
والكفالة من باب الالتزام وقد بيناه في البيوع والله أعلم بالصواب

﴿كتاب المكاتب﴾

قال رحمه الله (الكتابة تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المآل) هذا في الشرع وفي اللغة مدار هذا
اللفظ على الجمع ومنه كتب النعل والقربة أي خرزهما والكتب الخرز الواحدة كتبة ومنه كتب البغلة
اذا جمع بين شفريها بحلقة والكتيبة الطائفة من الجيش مجتمعة وسمي هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه
ضم حرية اليد الى حرية الرقبة أو لان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا أو لان كل منهما يكتب الوثيقة وهو
أظهر ثم شرط الكتابة أن يكون الرق قائما بالمحل وأن يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة
المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية وأحكامها حالا ومآلا وركنها
الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون العبد
أخص بنفسه وكسبه ويجب الضمان على المولى بالجناية عليه أو على ماله وثبوت حقيقة الحرية عند
الاداء ولهذا يقال المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير
تباعر وان استحمل تطاير ومن جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة بالبدل للحال وثبوت حقيقة الملك عند
الاداء وألفاظها أن يقول كاتبتك على كذا أو ما يدل على ذلك قال رحمه الله (كاتب مملوكه ولو صغيرا
يعقل بمال حال أو مؤجل أو منجم وقبل صح) لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم

(قوله لان العاقد فيه أهل) أي لان القابل للسلم هو الحر والحر قادر لكونه مالكا للاشياء والعبد لا يملك لكونه عاجزا اه اتقاني
(فرع) قال الاتقاني ولو قال لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر وان أديت الى قيمتك فأنت حر فاذا أداه يعتق لان العتق معلق بالاداء
فقد وجد شرطه قال الكرخي ولا يكون (١٥٠) هذا كتابة وان كان ثمة معنى الكتابة من وجه حتى ان العبد اذا جاء بالبدل فانه يجبر
على قبوله أي يصير المولى
قابضا له بالتخلية كما في
الكتابة وان لم يقبل المولى
استحسانا عندنا خلافا
لزفر وبيان التفرقة بين
التعليق والكتابة في مسائل
فانه اذا مات العبد هنا قبل
الاداء وترك مالا فالمال كله
للمولى ولا يؤدى عنه فيعتق
بخلاف الكتابة وكذا لو مات
المولى وفي يد العبد كسب
فالعبد رقيق يورث عنه مع
أكسابه بخلاف الكتابة
ولو كانت هذه أمة فولدت ثم
أدت لم يعتق ولدها بخلاف
المكاتبة اذا ولدت ثم أدت
فعتقت يعتق ولدها ولو قال
العبد للمولى حط عني مائة فحط
المولى عنه فأدى تسعمائة فانه
لا يعتق بخلاف الكتابة
ولو أبرأ المولى عن الالف
العبد لم يعتق ولو أبرأ المكاتب
عن بدل الكتابة يعتق ولو باع
هذا العبد ثم اشتراه وأدى
اليه يجبر على القبول عند
أبي يوسف وقال محمد في
الزيادات لا يجبر على قبولها
فان قبلها عتق وكذا لو رد اليه
بخيار أو عيب وأما الاعتاق
على مال فهو بخلاف الكتابة
وبخلاف تعليق العتق
بالاداء فانه اذا قال لعبده
أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فانه يعتق من ساعته ويكون البدل واجبا في ذمته لانه أعتقه بعوض فتى قبل يزول لقوله
المعوض من صاحبه كما في البيع وكذا اذا قال لعبده أنت حر على قيمة رقبتك وقبل ذلك فانه يعتق كذا في التحفة وغيرها اه وسيأتي في
كلام الشارح عند قول المصنف وكتابته عبدا ما أن العتق على مال فوق الكتابة لانه لا يقبل النقض والكتابة تقبله اه (قوله والمراد
بالخير الخ) ثم قال بعضهم المراد من الخير المذكور اقامة الصلوات الخمس وأداء الفرائض اه اتقاني

فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية مطلقة فيتناول جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والصغير والكبير
وكل من يتأتى منه الطلب وقال الشافعي لا تجوز كتابة الصغير ولا الكتابة الحالة أما الاول فلان الصغير
ليس بأهل التصرف وهذا بناء على مسئلة الاذن للصبي في التجارة فانه لا يجوز عنده وعندنا يجوز لانه
تصرف نافع وظاهر الآية يشهد لنا لان الابتغاء المذكور في الآية يتحقق منه اذا الكلام في صبي يعقل
وأما الثاني فلانه عاجز عن تسليم المعقود عليه لانه مملوك لا يقدر على شئ وفي زمان قليل لا يمكنه التحصيل
فلا يجوز الا منجما وأقله نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد ألا ترى أن
العجز الطارئ يبطلها فالمقارن أولى بخلاف السلم الحال حيث يجوز على أصله لان العاقد فيه أهل للملك
قبل العقد فالظاهر أنه قادر على ايفاء ما التزم وإقدامه على العقد يدل على ذلك فيجوز ولنا اطلاق ما تلونا
فانه يتناول الحال والمؤجل فلا يجوز تقييده لانه نسخ على ما عرف في موضعه ولان البدل في الكتابة
معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط
لصحة العقد فان من ليس عنده شئ جاز أن يشتري ما شاء عاشاء بخلاف السلم على أصلنا فان المسلم فيه
معقود عليه ولا يجوز العقد على المعدوم فجعلنا الاجل عوضا عما فات من القدرة ليمكنه التحصيل في المدة
ولان الكتابة عقد إرفاق فالظاهر أنه يسامحه ولا يطالبه للحال بخلاف السلم فانه مبني على المماكسة
والمضايقة فالظاهر أنه لا يؤخر الطلب اذا توجهت له المطالبة نحوه في الحال ولان اعساره في الحال لا يدل على
استمراره بل يجوز أن يملك في المجلس أضعاف بدل الكتابة لان المال غاد ورائح فلا يمتنع به الجواز ولان
عقود المداينة يعتمد صحتها الاهلية دون القدرة على قضائه حتى جاز لمن لا يملك شيأ أن يشتري بجملة
بخلاف المبيع لان القدرة على تسليمه شرط ولهذا يشترط أن يكون موجودا معينا الا في السلم لما روى
أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وانما اشترط قبول العبد لانه
يلزمه المال فلا بد من التزامه والامر في الآية للندب عند الفقهاء حتى لا يجب على المولى أن يكاتب عبده
وقال داود الظاهري يجب عليه اذا طلب العبد ذلك وعلم المولى فيه الخير لان الله أمر به والامر للوجوب
وقال بعض مشايخنا هو للاباحة واشتراط علم الخير فيهم خرج على وفاق العادة فان العادة جرت على أنه
لا يكاتب الا اذا علم فيه الخير وقد يكون الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقلنا الامر يكون
للندب وهو الظاهر هنا بدليل ما بعده من قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فانه للندب فكذا
الكتابة قال شمس الائمة وحمله على الاباحة ليس بقوي عندي لانه يؤدي الى أنه لا فائدة في ذكر الشرط
لان الكتابة جائزة وان لم يعلم فيه الخير وكلام الله تعالى منزه عن مثله ولا يكون لغير فائدة أصلا فيكون
التعليق بالشرط مفيدا الندبية يعني يستحب له أن يكاتبه اذا طلب العبد وعلم المولى فيه الخير وهو نظير
قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم الآية فان
تعليقه بعدم القدرة على الحرة للندب حتى لو تزوج أمة مع القدرة على الحرة جاز لما عرف في موضعه
والمراد بالخير المذكور في الآية هو أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه
ولو فعل جاز وقيل الوفاء وأداء الامانة والصلاح وقيل المال والخير يراد به المال قال الله تعالى ان ترك خيرا
أي مالا وما تنفقوا من خير أي مال وهو أن يكون كسوبا يقدر على أداء البدل ولا يعتق الا بأداء كل البدل

لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم رواه أبو داود وقال عليه الصلاة
والسلام أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أوقيات فهو رقيق رواه أبو داود والترمذي وأحمد
وغيرهم ولان المولى لم يسلم له العوض فلا يسلم للعبد المعوض لان العقد يقتضي المساواة واختلف
الصحابة رضي الله عنهم فيه فذهب علي رضي الله عنه أنه يعتق بقدر ما أدى اعتبارا للجزء بالكل وبه
يستويان فيما يسلم لهما من البدل ومذهب ابن مسعود أنه يعتق اذا أدى قدر قيمته لانه يقوم مقامه
ويندفع به الضرر عن المولى والباقي دين في ذمته ومذهب ابن عباس أنه يعتق بنفس العقد ويكون
البدل دينا في ذمته كأنه جعل الكتابة واردة على الذمة كالعتق ومذهب زيد بن ثابت أنه لا يعتق منه شيء
حتى يؤدي الكل وبه أخذ علماء الامصار لما روينا وقد ثبت له بعض أحكام الحرية على ما بينا ولا حاجة
الى اثبات الحرية ويعتق العبد بأداء البدل وان لم يقل له المولى اذا أديت الي فأنت حر وقال الشافعي
لا يعتق الا اذا قال له ذلك لان الكتابة ليس فيها الا ضرب المال على عبده منجما وذلك لا يوجب العتق
عند الاداء فلا بد من تعليق العتق بالاداء ليقع العتق عنده قلنا موجب الكتابة هو العتق عند الاداء
لانها تنبئ عن الجمع وهو الجمع لحرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء وما قاله الشافعي انها عبارة عن
ضم نجم الى نجم لا يستقيم لانه لو ضرب على عبده مالا على نجوم لا يسمى مكاتبا ولا يثبت له شيء من أحكام
الكتابة حتى يجوز بيعه ونهيه عن التصرف وعلك أخذ كسبه بلا اذنه ولا تأثير لتعليق العتق في ثبوت
أحكام الكتابة ألا ترى أنه اذا علقه بشرط آخر لا يثبت له شيء من أحكامها وكذا اذا علقه بأداء المال بأن
قال ان أديت الي ألفا فأنت حر فعلم بذلك أن هذه الاحكام تثبت بعقد الكتابة فكذلك العتق يثبت به
عند الاداء لان حكم العقد يثبت من غير تنصيص عليه كما في سائر العقود وكان القياس أن يعتق بمجرد
العقد لان حكم العقد يثبت عقيبه لكن تركناه لما روينا ولانا لو عتق كان المولى يتضرر بخروج
عبده عن ملكه بعوض في ذمة المفلس فلا يصار اليه ونظيره ما قلنا في الاجارة لما لم يمكن ملك المنفعة في
الحال تأخر ملك البدل أيضا اعتبارا للمساواة بينهما ولا يجب عليه حط شيء من بدل الكتابة وقال الشافعي
رحمه الله يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي
آتاكم أمر وهو للوجوب ولنا أن العقد يوجب البدل فلا يجوز أن يكون موجبا للاسقاط اذ العقد
لا يقتضي شيئا وضده كسائر عقود المعاوضة ولو كان واجبا لوجب في البدل الآخر كذلك لان العقد
يقتضي المساواة بينهما والمراد بالامر في الآية الندب دون الحتم بدليل ما تقدم من الامر بالكتابة فانه
للندب فكذا هنا وليس هذا من باب الاستدلال بالقرآن في النظم مثل قوله تعالى وأقيموا الصلاة وآتوا
الزكاة لان تلك الآية مشتملة بكلمتين مستقلتين لا ارتباط لاحداهما بالاخرى فلا يجوز أن يستدل
بحكم احداهما على حكم الاخرى أما هنا فالثانية مرتبطة بالاولى اذ البدل المأمور به في الاولى هو البدل
المأمور به في الثانية وعن الكلبي المراد بالايتاء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله
عنهم ولفظ الايتاء يدل عليه لانه للتمليك لا للحط فعلى هذا يجوز أن يكون المراد به هو دفع الزكاة اليهم بل
هو الظاهر لانهم المراد بقوله تعالى وفي الرقاب في آية الصدقات ويجوز أن يراد به دفع الصدقة بعد الاداء
لانهم من جملة فقراء المسلمين كل ذلك ممكن لان الواو في الآية لا تقتضي الترتيب والقران قال رحمه الله
(وكذا اذا قال جعلت عليك ألفا تؤديه نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فاذا أديته فأنت حر وان عجزت فقن)
يعني يكون مكاتبا بهذا القول مثل ما يكون مكاتبا بالقول الاول وهذا استحسان والقياس أن لا يكون
مكاتبا لان النجوم فصول الاداء وله أن يضرب على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة وقوله بعد
ذلك ان أديته فأنت حر تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان أن العبرة
للمعاني دون الالفاظ حتى كانت المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب قرضا وبشرط أن يكون
لرب المال بضاعة وقد أتى بمعنى الكتابة مفسرا فينعقد به كما اذا أطلق الكتابة بل أولى لان المفسر

(قوله لقوله صلى الله عليه
وسلم المكاتب عبد الى آخر
الحديث) وقد روى الحسن
ابن زياد عن أبي حنيفة في
المجرد عن ابراهيم عن زيد بن
ثابت أنه كان يقول المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم اه
اتقاني (قوله ومذهب زيد
الخ) وقول ابن عمر وعائشة
وأم سلمة مثل قول زيد كذا
في شرح الاقطع اه اتقاني
(قوله كسائر عقود المعاوضة)
الذي بخط الشارح كسائر
العقود المعاوضة اه (قوله
لا ارتباط لاحداهما بالاخرى)
الذي بخط الشارح لا ارتباط
لاحداهما في الاخرى (قوله
وعن الكلبي المراد بالايتاء
الخ) قال الاتقاني ولا حجة
للخصم في قوله تعالى وآتوهم
من مال الله الذي آتاكم لان
مال الكتابة لا يطلق عليه
اسم مال الله كما يطلق على أثمان
المبيعات وأجر الاجارات
وانما يطلق مال الله على
أموال القرب كالصدقات
والزكوات والعشر وخمس
الغنيمة فكأنه تعالى أمرنا
باعطاء المكاتبين من صدقاتنا
ليستعينوا بذلك على أداء
الكتابة اه

أقوى وقوله إذا أدّيته فأنت حر لا بد منه لأن ما قبله يحتمل يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه تترجح جهة الكتابة وقوله والا فقن أي ان لم تؤدّه فأنت رقيق فضلة من الكلام غير محتاج اليه كما لا يحتاج اليه في الكتابة ولو قال له إذا أدّيت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حر فهي مكاتبة في رواية أبي سليمان لأن التنجيم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد لسيده الا بالكتابة فيعلم بذلك أن مقصود المولى الكتابة ولأن التقسيط للتخفيف والتخفيف لا يكون الا بعد الوجوب وذلك بالكتابة وفي رواية أبي حفص ليست بمكاتبة بل يكون اذنا اعتبارا بالتعليق بالأداء بدفعة واحدة والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه فلم يوجد ما تختص به الكتابة فلا يكون مكاتبا وهو الأصح قال رحمه الله (فيخرج من يده) أي إذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يد المولى لأن موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة أن لا يخرج من البلد لا يصح الشرط لأن المقصود من الكتابة أن يتمكن من أداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن من ذلك الا بالخروج فيطلق له الخروج قال رحمه الله (دون ملكه) أي لا يخرج من ملك المولى لما روينا ولأنها عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين المتعاقدين وأصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لأن ثبوته في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فيثبت للعبد مقابلته مالكية ضعيفة أيضا فاذا تم للمولى الملك بالقبض تم المالكية للعبد أيضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة المالكية فتتحقق المساواة بذلك ابتداء وانتهاء ولو أعتقه المولى عتق بعتقه لبقاء ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لأنه لم يلتزمه مجانا وانما التزمه مقابلا بالعتق وقد حصل بدونه قال رحمه الله (وغرم إن وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف مالها) لأنها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى وصار المولى كالأجنبي فصارت أحق بنفسها وكسبها لتتوصل الى المقصود بالكتابة وهي حصول الحرية لها والبدل للمولى بناء على كونها أحق بمالها ونفسها ولولا ذلك لأتلف المولى ما في يده ولم يحصل لها الغرض المبتغى بالكتابة ومنافع البضع ملحق بالأجزاء فيجب عليه عوضه وهو العقر عند اتلافه بالوطء وانتفى الحد للشبهة قال رحمه الله (وان كاتبه على خمر أو خنزير أو قيمته أو عين لغيره أو مائة ليرد سيده عليه وصيفا فسد) أما الكتابة على الخمر أو الخنزير فلأنه ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضا فيفسد العقد وهذا لأن تسمية ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج فيه الى تسمية البدل لصحته يوجب فساد العقد كالبيع بخلاف النكاح حيث لا يفسد بتسمية الخمر أو الخنزير لأنه لا يحتاج لصحته الى تسمية حتى يجوز النكاح

(قوله ويحتمل الضريبة) قال في الجمع والضريبة واحدة الضرائب التي تؤخذ في الأرصاد والجزية ونحوها ومنه ضريبة العبد وهي غلته اه (قوله ولو قال له إذا أدّيت الى ألفا الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان قال ان أدّيت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حرة وقبلت فهذه مكاتبة وليس له أن يبيعها وان كسرت شهرا واحدا ثم أدّت اليه ذلك الشهر كان جائزا ولو قال لها إذا أدّيت الى ألفا في هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤدّه في ذلك الشهر وأدّته في غيره لم تعتق قال أبو الفضل هكذا في رواية أبي سليمان هاتان المسئلتان وكذلك في كتاب أبي يوسف ووجدت رواية أبي حفص وهشام بخلاف ذلك في السياق والجواب قال ولو قال لها إذا أدّيت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حرة فقبلت ذلك فليست هذه بمكاتبة (١٥٣) وله أن يبيعها ما لم تؤدّ وان كسرت شهرا واحدا وأدّت اليه في غير ذلك الشهر لم تعتق ألا ترى أنه لو قال لها ان أدّيت الى ألفا في هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤدّها في ذلك الشهر وأدّتها في غيره لم تعتق الى هنا لفظ أبي الفضل الحاكم الشهيد المروزي رحمه الله في باب العتق على مال أراد باحدى المسئلتين قوله ليس له أن يبيعها وبالأخرى قوله فان كسرت شهرا واحدا ثم أدّت اليه اه غاية (قوله فيعلم بذلك أن مقصود المولى الكتابة) وجه رواية أبي سليمان أنه أتى بمعنى الكتابة وهو الأداء منجما وان لم يأت بلفظ الكتابة والعبرة للمعاني ووجه رواية أبي حفص أنه تعليق بصورته فلا يتغير الا لضرورة ولا ضرورة اه اتقاني (قوله ولهذا لا تصح الكفالة به) أي ببدل الكتابة لضعفه اه من خط الشارح (قوله وقد حصل بدونه) أي بدون أداء بدل الكتابة اه (قوله في المتن وغرم ان وطئ مكاتبته أو جنى عليها الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في كتاب الجنايات من مختصره واذا جنى المدبر على مولاه أو رقيق مولاه أو متاعه فهو هدر كله بلا وكذلك اذا جنى المولى عليه فجنايته هدر ولا يلزم المولى شيء لأنه عبده وكذلك أم الولد في جنايتها على المولى وجناية المولى عليها هدر لأنها مملوكة له وما جنى عليها فأرش ذلك للمولى وأما المكاتب فجناية المولى عليه تلزم المولى وجناية المكاتب على سيده تلزم المكاتب وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب أو ماله يلزم كل واحد منهما ما جنى على صاحبه في نفسه أو ماله الى هنا لفظ الكرخي وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته جناية المولى على مكاتبه عمدا لا توجب القود لأجل الشبهة ولو قتل المكاتب مولاه عمدا يجب القود لما عرف اه اتقاني
(فرع) ثم الفرق بين الكتابة الجائزة والفاسدة أن في الفاسدة يرده المولى في الرق ويفسخ الكتابة بغير رضاه وفي الجائزة لا يفسخ إلا برضا العبد وللعبد أن يفسخ في الجائز والفاسد جميعا بغير رضا المولى كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني

بلا تسمية المهر ومع نفيه فكذا اذا سمى ما لا يصلح مهرا لان وجوده كعدمه وأما اذا كاتبه على قيمة نفسه فلانها مجهولة القدر اذ هي تختلف باختلاف المقومين وكذا جنسها مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما فافسد لتفاحش الجهالة كما اذا كاتبه على ثوب أو دابة لان الثوب والدابة أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة أصلا حتى في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا ولا يقال لو كاتبه على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط أو قيمته حتى لو أتى بقيمته يجبر المولى على قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك لانا نقول القيمة في مسئلة الكتاب لو وجبت لوجبت قصدا وهي مجهولة فلا يمكن ايجابها قصدا وفيما اذا كاتبه على عبد تجب حكما لا قصدا وكم من شئ يثبت حكما لغيره وان كان لا يثبت قصدا ألا ترى أن الاضحية بالحمل لا تجوز وتجوز تبعا للام وكذا بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعا للام وأما اذا كاتبه على عين لغيره فلانه لا قدرة له على تسليمه والمراد به شئ يتعين بالتعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين حتى لو كاتبه على دراهم أو دنانير بعينها وهي لغيره تجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتعيين في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها وانما يجب مثلها في الذمة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الكتابة على عين الغير جائزة حتى لو ملكها العبد وسلمها الى المولى عتق وان عجز رد في الرق لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم موهومة فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية أن العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا تصح تسميته بخلاف ما اذا كان البدل غير عين لانه معقود به فلا تشترط القدرة عليه ولهذا جوزنا الكتابة الحالة وبخلاف النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع ليس بشرط حتى لو تزوج صغيرة رضيعة جاز فعلى ما هو تابع فيه وهو الصداق أولى أن لا يشترط فيه القدرة ولهذا جاز مع نفي الصداق أيضا ولان الكتابة شرعت على وجه يختص المكاتب بمكاسبه فيثبت له حرية اليد في الحال وتتراخى حرية الرقبة الى وقت الاداء فلو جاز هذا لثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا يكون كتابة لان الكتابة شرعت لاثبات الحريتين على التعاقب فاذا لم يحصل لم تنعقد أصلا لان كل عقد لا يحصل فيه مقصوده لا ينعقد ولانها لو جازت هذه الكتابة لكان الاداء من مال المولى اذ الاجازة تستند الى العقد فتصير العين من أكساب وقت العقد وكسب وقت العقد مال له فكانت الكتابة على مال المولى لا من كسب العبد بعد العقد فلا يجوز وانما قلنا ذلك لان العبد يصير مستقرضا للعين من وقت العقد فيدخل في ملك المولى ضرورة ولو أجاز صاحب العين ذلك روي عن محمد رحمه الله أنه يجوز لانه لو اشترى به شيئا يجوز بالاجازة مع أنه مبني على المماكسة فالكتابة أولى أن تجوز لكونها مبنية على المسامحة والمساهلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز لانه لا يفيد للمكاتب ملك كسبه وهو المقصود بالكتابة لانها ثبتت للحاجة الى الاداء من المكاسب ولا حاجة اذا كان البدل عينا لانه يعدم به المقصود بالكتابة على ما بينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم العين وعند عدم الاجازة يجب عليه تسليم قيمة العين كما في النكاح وروى أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان ملك ذلك العين فأدى لم يعتق الا أن يكون المولى قال له اذا أديت الي تلك العين فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قول زفر كذلك وهي رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله وروى صاحب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بالاداء قال له المولى ذلك أو لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء

(قوله وكذا بجنسها مجهول) قال الامام ظهير الدين الولوالجي في فتاواه ولو كاتبه على قيمته لم يجز فان أداها عتق أما عدم الجواز فلان قيمة العبد لا تصلح مهرا حتى لو تزوج امرأة على قيمة هذا العبد لا تصح التسمية وما لا يصلح مهرا في باب النكاح لا يصلح بدلا في باب الكتابة بالطريق الاولى وأما العتق عند الاداء فلان في الكتابة شيئين معاوضة وتعليقا فأي المعنيين اعتبرنا يعتق أما المعاوضة فلان القيمة تصير عوضا لان العقد فاسد وأما التعليق فلان العتق يتعلق بأداء القيمة وقد وجد ولو كاتبه على ثوب لم يجز لان ما سمى لا يصلح مهرا في باب النكاح فلا يصلح بدلا في الكتابة فان أدى لم يعتق بأداء العوض بخلاف القيمة لانها تصلح عوضا في المعاوضات لانها معاومة الجنس وتصير معلومة القدر اذا أدى أقصى قيمته وهي ملفوظة فيتعلق العتق بأدائها كذا في فتاوى الولوالجي ثم قالوا يعتبر في القيمة ما تصادقا عليه لان الحق لهما فلا يعدوهما وكذا اذا قوم المقومون فان اختلف المقومون في القيمة يعتبر أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين اه غاية (قوله حتى لو كاتبه على دراهم الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي فان كاتبها على عين بعينها لرجل لم يجز وكذا كل ما عينه من مال غيره من عرض أو مكيل أو موزون فان قال كاتبتك على ألف فلان هذه مبارزة المكاتبة لانها تقع على مثلها فان أدت غيرها عتقت وكذلك ان قال كاتبتك على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان الى هنا لفظ الحاكم اه اتقاني

(قوله لانها لا تتعين في عقود المعاوضة) الذي بخط الشارح لانها لا تتعين في العقود المعاوضة اه (قوله على أن يرد عليه سيده وصيفا) قال في الهداية على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه قال في الدراية قيد به اذ لو كان العبد معينا يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق فكذا استثناؤه ذكره في المختلف وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز في المعين وغيره لانه شرط فاسد أو صفقة في صفقة اه (قوله وعن أبي يوسف الخ) هذا الحكم ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا ينبغي أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن اه كاكي ومعناه في النهاية (قوله ويعتق بأداء القيمة) أي بأداء قيمة نفسه اه اتقاني (قوله وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر) أي سواء كان قال في العقد ان أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل ذلك اه كاكي وكتب ما نصه ذكر في الاصل ان كاتبه على ميتة أو دم لم يجز فان أدى الميتة أو الدم لا يعتق الا اذا صرح بالشرط وقال اذا أديت الميتة أو الدم فأنت حر فحينئذ يعتق لاجل اليمين لا لاجل الكتابة ولا يلزمه شئ لان العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية المعاوضة اه اتقاني (قوله لانه هو البدل) أي القيمة على تأويل المذكور أو ذكره بتذكير الخبر وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وقيمته تعرف إما بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما كضمان الغصب والبيع الفاسد وإما بتقويم المقومين ثم لو اختلف المقومون فان اتفق الاثنان منهم على شئ يجعل ذلك قيمة لهم ولو اختلفا في ذلك لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين اه دراية (قوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب) أي وكذا لو كاتبه على دابة اه كاكي

فيعتق كما اذا كاتبه على خمر فأداها وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن تلك العين لم تصر بدلا في هذا العقد بتسميته لانه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد العقد أصلا فيعتق ان أدى باعتبار صريح التعليق وان لم يصرح لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب أو ميتة وان كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بأن كان مأذونا له في التجارة ففيه روايتان في رواية يجوز لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه وفي رواية لا يجوز لان المولى كاتبه على مال نفسه اذ الكلام في عين اكتسبه من قبل ولو كاتبه على دراهم في يد العبد يجوز باتفاق الروايات لانها لا تتعين في عقود المعاوضة وأما اذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه سيده وصيفا فالمذكور هنا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فما أصاب الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقي لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد وتجوز الكتابة على وصيف فكذا يجوز استثناؤه من عقد الكتابة لان جهالة المستثنى منه بقدر جهالة المستثنى وجهالة المستثنى هي جهالة وصيف وهي لا تمنع صحة التسمية فكذا جهالة الباقي لا تمنع صحة التسمية ولهما أن بدل الكتابة مجهول القدر فلا تصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد كما بينا فكذا استثناؤها لما عرف أن الاستثناء معتبر بالتسمية على معنى أن كل ما يصلح تسمية يصلح استثناء وما لا فلا فكانت هذه الجهالة مفسدة ولان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء الوصيف الذي رده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب هو مكاتبة فتبطل لجهالة الثمن والمثمن وكذا الكتابة ولانها لو جازت على هذا الوجه لجازت بالحصة ابتداء ولانه صفقة في صفقة وهي بيع في كتابة فلا تجوز للنهي عنها قال رحمه الله (فان أدى الخمر عتق) لان العقد منعقد وان كان فاسدا فيعتق بالاداء وقال زفر لا يعتق الا بأداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة فيعتق بأدائه ولا يعتق بأداء ما ليس ببدل هكذا ذكره في الكافي وعزاه الى المبسوط والذخيرة وكذا ذكره في الهداية وفي بعض نسخ الهداية وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا بأداء قيمة الخمر وهو غلط من الكاتب وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فأنت حر باعتبار أنه معلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة أو دم فانه لا يعتق الا في صورة التعليق وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بينهما وبين الميتة والدم أن الخمر والخنزير مال في الجملة وان لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين فانعقد بهما العقد وموجب الانعقاد العتق عند أداء البدل المشروط وأما الميتة والدم فليسا بمال أصلا عند أحد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق صريحا قال رحمه الله (وسعى في قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد بالعتق فيجب عليه رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا أعتق المشتري المبيع أو تلف في يده قال رحمه الله (ولم ينقص من المسمى ويزيد عليه) لانه عقد فاسد فتجب فيه القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد غير أن المولى لم يرض أن يعتقه بأقل مما سمى فلا ينقص منه ان نقصت قيمته عن المسمى والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه اذا زادت قيمته على المسمى وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البدل في الفاسد ذكرها أو لم يذكرها فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد لا في ابطال العقد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث

لا يعتق بأداء ثوب لانه يختلف اختلافا فاحشا فلا يوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة فلا تعتبر
أصلا حتى لو أدى قيمته أيضا لا يعتق الا اذا علقه به قصدا بأن قال ان أديت الى ثوبا فأنت حر فحينئذ يعتق
بأداء ثوب لانه تعليق صريح فصار من باب الأيمان وهي تنعقد مع الجهالة فينصرف الى ما ينطلق عليه
اسم الثوب والمكاتبة معاوضة فتمتنع بالجهالة الفاحشة وما فيه من معنى اليمين تابع لانه يثبت في ضمن
المعاوضة فيبطل ببطلان المعاوضة فلا يعتبر أصلا والاصل فيه عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان
شيأ لا يصلح عوضا لجهالة القدر أو لجهالة الجنس فان العبد لا يعتق بأداء المسمى ولا بأداء القيمة اذ لا ينعقد
هذا العقد أصلا لا على المسمى ولا على القيمة وهذا لان عتق المكاتب معلق بأداء العوض وليس بمعلق
بمطلق الاداء فاذا كان المسمى لا يصلح عوضا كثوب لا يتعلق به وان كان يصلح عوضا يتعلق به كالقيمة فانها
معلومة من وجه وتصير معلومة من كل وجه عند الاداء حتى تصير معلومة القدر والجنس والصفة ولهذا
صير اليها في ضمان العدوان وضمان العقود اذا فسدت التسمية قال رحمه الله (وصح على حيوان غير
موصوف) أي صح عقد الكتابة على حيوان اذا بين جنسه لا نوعه وصفته كالعبد والوصيف وينصرف
الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لان كل واحد أصل فالعين أصل تسمية
والقيمة أيضا أصل لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا العقد لان
المسمى فيه مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بأن كاتبه على دابة أو دار أو ثوب وكالبيع والجامع
كونهما معاوضة لا يصحان الا بتسمية البدل ولنا ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الكتابة على
الوصيف ولانها مبنية على المسامحة والمساهلة فلا تفسد التسمية بالجهالة اليسيرة في البدل كالنكاح
وصار كالجهالة في الاجل فانه اذا كاتبه على ألف الى العطاء ونحوه كالحصاد صح لما ذكرنا بخلاف البيع
لانه مبني على المضايقة ولما كان هو معاوضة مال بمال من كل وجه والكتابة معاوضة بغير مال في
الابتداء اذ البدل مقابل بفك الحجر ابتداء وهو ليس بمال وفي الانتهاء وان كان معاوضة مال بمال
لكونه يقابل الرقبة لكن على وجه يسقط الملك عنه لكون العبد لا يملك نفسه فشابه النكاح
وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة أو نحوها لان الجهالة فاحشة فيه فلا تنعقد أصلا على ما بينا وبخلاف
ما اذا كاتبه على قيمته حيث يفسد وتجب فيه القيمة والفرق أن الجهالة في القيمة جهالة في القدر والجنس
والوصف في الحال والجهالة في العبد جهالة في الوصف دون القدر والجنس فخفت الجهالة ولهذا لو كاتبه
على قيمة عبد لا يجوز لما ذكرنا وعلى عبد يجوز لما بينا فعلم بما ذكرنا أن جهالة الوصف لا تمنع الصحة
في معاوضة مال بغير مال وجهالة الجنس مفسدة لا تمنع في الكل قال رحمه الله (أو كاتب كافر عبده
الكافر على خمر) يعني صح هذا الآخر لان الخمر مال متقوم في حقهم كالعصير في حق المسلم فتصح تسميته
اذا كان المسمى معلوما واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسدا وتجب فيه القيمة على
ما بينا فيما اذا كان المولى مسلما قال رحمه الله (وأي أسلم فله قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر
وتملكها وفي تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها اذ المولى لم يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة
والقبض يرد على معين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون تمليكا من العبد وتملكا من المولى في الحال
عوضا عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير الى ايجاب قيمة الخمر لقيامها
مقام المسمى وتكون الكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم أسلم أحدهما قبل
القبض حيث يفسد البيع عند بعضهم لان العقد يقع على ما يصلح بدلا في الجملة وفي الكتابة يصح أن
تكون القيمة بدلا في الجملة ألا ترى أنه اذا كاتبه على وصيف أو نحوه يجوز الكتابة وتجب القيمة فكأنه
كاتبه على القيمة ولهذا يجبر المولى على قبول القيمة فاذا جاز أن ينعقد على القيمة فأولى أن يبقى بخلاف
البيع لانه لا ينعقد على القيمة صحيحا أصلا فكذا لا يبقى عليها أصلا قال رحمه الله (وعتق بقبضها) أي
بقبض قيمة الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض

(قوله لانوعه) كالتركي والهندي اه كاكي (قوله وصفته) جيدا أورديا اه كاكي

الآخر لا آخر وإذا أدّى الخمر عتق أيضاً لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء الخمر إذ هي المذكورة في العقد فصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فإنه يعتق بأداء الخمر أو قيمة نفسه على ما مرّ قال في الكافي هكذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الشيرازي ونجم الدين الأفطس والرحى والنيسابوري في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو أدّى الخمر لا يعتق ولو أدّى القيمة يعتق لأن الكتابة انتقلت إلى القيمة ولم يبق الخمر بدلاً في هذا العقد لأنه انعقد صحيحاً على الخمر ابتداء وبقي بعد الإسلام على قيمتها صحيحاً على حاله ولا يتصوّر بقاؤه صحيحاً على الخمر بعد الإسلام فخرجت الخمر من أن تكون بدلاً فيه ضرورة وبأداء غير البدل لا يعتق بخلاف ما إذا كاتب المسلم عبده أو كاتب الكافر عبده المسلم على خمر حيث يعتق بأداء الخمر لأن العقد فيه انعقد فاسداً فيعتق بأداء البدل المشروط فيه لما فيه من معنى التعليق فيعتق باعتباره ويضمن لمولاه قيمته لأنها ليست بمال والله أعلم بالصواب

﴿باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله﴾

قال رحمه الله (للمكاتب البيع والشراء والسفر) لأن مقصود السيد من العقد الوصول إلى بدل الكتابة ومقصود العبد منه الوصول إلى الحرية وذلك إنما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان في الحضر فيحتاج إلى الخروج إلى السفر ويملك البيع بالمحاباة لأنه من عادة التجار يفعلون ذلك إظهاراً للمسامحة واستجلاباً لقلوب الناس كي يكثر معاملوه فتكثر بيوعه وتصرّفاته كلها فيصل إلى مقصوده في أدنى مدّة وقد يحابي في صفقة ليربح في أخرى قال رحمه الله (وإن شرط أن لا يخرج من المصر) هذا متصل بما قبله أي له أن يسافر وإن شرط المولى عليه أن لا يخرج من البلد لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لأن مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه وأكسابه وأن لا يتحكم عليه أحد وتحصيل المال بأي وجه شاء وذلك بأن يتصرف كيفما شاء ويتردد به لأن التحصيل يختلف باختلاف الأوقات والأماكن خصوصاً في السفر فإنه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فيبطل هو دون العقد لأن الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد إلا إذا كان داخلاً في صلب العقد لأن الكتابة تشبه البيع من حيث إنها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل وتشبه النكاح من حيث إنها لا تحتمل الفسخ بعد الأداء ولأنها مبادلة مال بمال في حق المولى ومبادلة مال بغير مال في حق العبد إذ لا يملك نفسه فيوفر عليهما حظهما فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد إذا تمكن في صلب العقد وهو أن يكون في البدل مثل أن يشترط خدمته أو يكاتبه على خمر أو خنزير ولشبهها بالنكاح لا تبطل به إذا لم يتمكن في صلب العقد كاشتراطه أن لا يخرج من البلد أو لا يبيع بالنسيئة ونحو ذلك ولأن الكتابة في جانب العبد تشبه الإعتاق وهذا الشرط يختص بجانب العبد فاعتبرناه إعتاقاً في هذا الشرط والإعتاق لا

(قوله ويملك البيع بالمحاباة لأنه من عادة التجار) قال صاحب الهداية ويملك البيع بالمحاباة لأنه من صنيع التجار ولم يذكر الخلاف وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز للمكاتب البيع إلا على المعروف في قولهما ويجوز في قول أبي حنيفة كيفما كان وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة يجوز بيع المكاتب بالقليل والكثير وقالا لا إلا بما يتغابن في مثله لأبي حنيفة أن تصرف المكاتب لنفسه بدلالة أن ما يلزمه من الديون لا يرجع بها على مولاه فصار كالحر لأنه يتصرف بأمر مطلق كالوكيل على أصله ولهما أن النقصان الكثير تبرع بدلالة أنه في حال المرض من الثلث وتبرع المكاتب لا يجوز اهـ غاية (قوله له أن يسافر) أي استحساناً اهـ هداية (قوله لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة) أي وكل شرط مخالف مقتضى العقد باطل إلا أن الكتابة لم تبطل ببطلان الشرط إذا لم يدخل الشرط في صلب العقد لأن مبناها على التوسعة ولهذا تجوز الكتابة على عبد بغير عينه تحقيقه أن الشرط إذا دخل في صلب العقد بأن يتمكن في البدل أو المبدل كما إذا كاتبه على بدل مجهول أو بدل حرام أو كاتب جاريته على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو تخدمه ولم يبين الخدمة وقتاً أو كاتبها وهي حامل من غيره واستثنى ما في بطنها فسدت الكتابة ولكنها إذا أدّت الألف عتقت ويجب عليه العقر إذا وطئها في مدّة الكتابة وإذا لم يدخل في صلب العقد لا يفسدها كما إذا كاتب عبده على أن لا يخرج من المصر أو على أن لا يتجر أو ما أشبه ذلك من الشروط التي لا تدخل في صلب الكتابة فالكتابة صحيحة والشرط باطل اهـ اتقاني (قوله من حيث إنها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل) أي ومن حيث إنها لا تصح إلا ببدل معلوم كالبيع اهـ اتقاني بالمعنى (قوله من حيث إنها لا تحتمل الفسخ بعد الأداء) أي ومن حيث إنه يثبت الحيوان ديناً في الذمة ويجوز من غير أن يذكر صفة البدل ويقع على الوسط كالنكاح اهـ غاية (قوله مثل أن يشترط خدمته) قال في الهداية كما إذا شرط خدمة مجهولة (قوله ولأن الكتابة في جانب العبد تشبه الإعتاق) أي لأنه إسقاط الملك اهـ ق

لا يبطل بالشرط كما اذا أعتق عبدا على أنه سائبة يكون الشرط باطلا والاعتاق صحيح قال رحمه الله (وتزويج أمته) لانه من باب الاكتساب لانه يملك المهر وتسقط نفقتها عن نفسه وقد أطلق له باب الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز لها وان كان فيه اكتساب لان ملك المولى باق فيها فمنعها من الاستبداد بنفسها وفيه تعييبها وربما تعجز فيبقى هذا العيب فيكون على المولى ضرر وليس مقصودها أيضا بتزويج نفسها المال وانما مقصودها التحصين والاعفاف بخلاف تزويج أمتها فان المقصود منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للاب والوصي بخلاف العبد المأذون له في التجارة والمضارب والشريك لانهم لا يملكون الا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منه فلا يملكونه قال رحمه الله (وكتابة عبده) وقال زفر والشافعي رحمهما الله ليس له أن يكاتب عبده لانه يؤول الى العتق وهو ليس له أن يعتق على مال وكذا العقد لا يتضمن مثله ولهذا لا يجوز للوكيل أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب ولنا أن الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع وربما تكون الكتابة أنفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل الى يده ولهذا يملكه الاب والوصي وهو لم يملكه على أن العقد يقتضي مثله وانما ملكه على أن الكتابة بيع من نفس العبد وبيع العبد من نفسه قد يكون أنفع من البيع لغيره فاذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانها لو جازت لجازت على أن العقد يتضمن مثله اذ لا طريق لجوازها الا هو بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب لغيره الحرية مقصودا بالمال وهو لا يقدر على ذلك ولان فيه ازالة الملك عن العبد بدين في ذمة المفلس فلا يملكه ولان العقد لا يقتضي ما هو مثله والاعتاق على مال فوق الكتابة فأولى أن لا يملكه وكذا لا يملك تعليق العتق بأداء المال لان فيه اثبات الحرية مقصودا وانه فوق الكتابة ألا ترى أنه لا يقبل النقض والكتابة تقبله فلا يملكه وليس له أن يكاتب والديه ولا ولده لانهم دخلوا في كتابته تبعا والمكاتب لا يكاتب ولانهم بمنزلة المملوكين للمولى حتى لا يجوز له بيعهم وينفذ عتق المولى فيهم قال رحمه الله (والولاء له ان أدى بعد عتقه) أي الولاء للمكاتب الاول ان أدى الثاني الكتابة بعد عتق الاول لان الولاء لمن أعتق ومعتقه المكاتب الاول وهو أهل للولاء عند عتق الثاني وكان ملكه تاما فيه عند ذلك فثبت الولاء له ضرورة قال رحمه الله (والا فلسيده) أي ان لم يؤد المكاتب الثاني المال الى المكاتب الاول بعد عتق الاول بل أداه قبل أن يعتق كان الولاء للمولى لا للمكاتب الاول لانه تعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم أهلية الاعتاق فخلفه فيه أقرب الناس اليه وهو مولاه كما اذا اشترى العبد المأذون له شيأ فانه لا يملكه لعدم الاهلية ويخلفه فيه مولاه لانه أقرب الناس اليه وهذا لان له فيه نوع ملك ولعتقه ضرب اتصال الى تصرفه لاستفادته بسببه منه فجعل المكاتب كالنائب عن مولاه وفعل النائب ينتقل الى الاصل فيصير كأنه أعتقه لان فعل نائبه ينتقل اليه فيكون الولاء له ولو أدى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل أن الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا أعتق زالت الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب قال رحمه الله (لا التزوج بلا اذن) أي لا يملك التزوج بغير اذن مولاه لان فيه تعييب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له الا عقود توصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه اكتساب المال وفي حق ما ليس فيه فهو باق على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد المحجور عليه بخلاف تزويج أمته لان فيه اكتساب مال على ما بينا ويملك التزوج باذن

(قوله في المتن وتزويج أمته) هذا اذا زوّج أمته أجنبيا اما اذا زوّج أمته عبده (١٥٧) لا يجوز لانه ليس فيه اكتساب المال كذا ذكره الولوالجي اهـ ق وكتب ما نصه فان قيل فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويج ابنته ومع ذلك لا يملك قلنا انما لم يكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى استبراء فيها جديد ويلزمه في أمته ومكاتبته (قوله حيث لا يجوز لها) وقال زفر يجوز لانه من باب الاكتساب وانا نقول المهر وجب في مقابلة الملك في الذات لا في المنافع وهو حق السيد فان عتقت قبل أن يفسخ النكاح يجوز ذلك النكاح لان ذلك النكاح انما كان لا يجوز لحق المولى فاذا عتقت زال حق المولى يجوز كما قلنا في الامة والعبد ولا خيار لها لانها باشرت العقد برضاها ونفذ بعد العتاق اهـ اتقاني (قوله وقال زفر والشافعي ليس له أن يكاتب عبده) وهو القياس اهـ هداية بالمعنى (قوله والاعتاق على مال فوق الكتابة) أي لان الكتابة معاوضة حتى تقال وتفسخ ولا يعتق في الحال أما في الاعتاق على مال يعتق في الحال بنفس قبول المال من غير توقف الى أداء المال فلا يقبل الاقالة والفسخ وهذا غير ثابت للمكاتب في تجويزه اثبات أمر للمكاتب فوق ماله وذلك لا يجوز اهـ كاكي (قوله وكذا لا يملك تعليق العتق بأداء المال) أي بلا خلاف بأن قال لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر اهـ كاكي (قوله والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره) أي لانه بمنزلة النسب اهـ ق

(قوله فجاز باتفاقهما) وانما اشترط اتفاقهما لان العبد قد خرج عن ملك المولى يدا فلا ينفرد به وملكه فى الرقبة باق فلا ينفرد العبد أيضا اه من خط الشارح رحمه الله (قوله ليجتمع عليه المجاهزون) قال فى المغرب فى الجيم مع الهاء والزاى والمجاهز عند العامة الغنى من التجار (قوله فى المتن والتكفل) وحكم كفالته فى الحال ككفالة المحجور وعليه تصح فى حقه بعد العتق لا فى الحال اه دراية (قوله وليسا من ضرورات التجارة الخ) حتى لو أقرض لا يطيب للمستقرض أكله الا أن يكون مضمونا عليه حتى لو تصرف فيه يجوز كما نقول فى قرض الاعيان انه لا يطيب للمستقرض أكله ويكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فأعتقه يجوز لانه ملكه بالقرض الفاسد اه كاكى (قوله وبين أن تكون بالامر أو بغير الامر) أى وسواء كان باذن مولاه أو بغير اذنه اه كاكى وكتب ما نصه قال فى شرح الاقطع وقد قالوا لو أجاز المولى كفالته أو هبته لم يصح أيضا لانه لا ملك له فى ماله وانما حقه متعلق به فهو بمنزلة الغريم اذا أجاز عتق الوارث وهبته لمال الميت انه لا يجوز قال الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى فى الكافى ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدل باذن المولى ولا بغير اذنه وكذلك قبول الحوالة فان كفل باذن سيده ثم عجز لم تلزمه تلك الكفالة لان ضمانه كان باطلا وان أدى فعتق لزمته الكفالة لانه كفل وهو بمنزلة العبد اه اتقانى (قوله وقد بيناه) أى عند قوله وكتابة عبده اه وأفاد هنالك أيضا أنه لا يملك تعليق العتق على مال فارجع اليه اه (قوله فى المتن وتزويج عبده) ولو عتق عبده وأجاز التزويج لا يجوز لان الاجازة لاقت عقدا باطلا اذ تزويج المكاتب عبده باطل غير موقوف لانه لا مجيز له وكذا لو زوجه الوكيل بعد عتقه يتوقف على اجازته لان توكيله به وقع باطلا ولو قال بعد العتق أجزت تلك الوكالة يكون هذا توكيلا ابتداء اه دراية (قوله لانه تعييب له ونقص لماليته) أى ولهذا لو اشترى عبدا فوجده ذا زوجة يتمكن من الرد بالعيب كذا فى الاوضح اه كاكى

المولى لان الحجر لاجله لما أن ملكه باق فيه فجاز باتفاقهما الا غير لخروجه عن ملك المولى يدا ولثبوت ملكه فى الرقبة قال رحمه الله (والهبة والتصدق الا بيسير) لانهما تبرع وهو ليس من أهله الا أن اليسير منه من ضرورات التجارة اذ لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون وهى من ضرورات التجارة فيملك لان من ملك شيأ ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعوض لانه تبرع ابتداء فلا يملكه قال رحمه الله (والتكفل والاقراض) لانهما تبرع محض وليسا من ضرورات التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه ولا فرق فى الكفالة بين أن تكون فى المال أو فى النفس وبين أن تكون بالامر أو بغير الامر لان الكل تبرع قال رحمه الله (واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه) لانه ليس بأهل للاعتاق لان العتق لا يتصور الا من المالك والمكاتب لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لان فيه اسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين فى ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب وقد بيناه وبيع العبد من نفسه اعتاق على ما بيناه فى الوكالة فلا يملكه قال رحمه الله (وتزويج عبده) أى لا يملك تزويج عبده وكذا لا يوكل به لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب فى شئ بخلاف تزويج الامة على ما بيناه قال رحمه الله (والاب والوصى فى رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضارب وشريك شيأ منه) لان الاب والوصى يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب من تزويج الامة وكتابة مملوك الصغير والمضارب وشريكى العنان والمفاوضة لا يملكون الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لان المال مقابل بفك الحجر فى الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت فيها الحيوان دينا فى الذمة بدلا عن المنافع ولولا أنها مال لثبت وكذا المنافع تصلح مهرا ولولا أنها مال لما صلحت لان الله تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم ولم يشرعه بغير المال ثم الاصل فيه أن من كان تصرفه عاما فى التجارة وغيرها يملك تزويج الامة والكتابة كالاب والوصى والجد والمكاتب والقاضى وأمينه وكل من كان تصرفه خاصا فى التجارة كالمضارب والشريك والمأذون له لا يملك تزويج الامة والكتابة عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بيناه وجوابه أنه ليس من باب التجارة على ما بيناه فلا يملكونه وجعل فى النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله فى الكافى كالمأذون له فى التجارة ولكل وجه وجعله كالمأذون أشبه بالفقه قال رحمه الله (ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه) لان المكاتب من أهل أن يكاتب وان لم يكن أهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان وهذا لان المكاتب ليس بمالك رقبته والعتق يختص بملك الرقبة لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فاذا تعذر الاعتاق صار مكاتبا مثله للتعذر بخلاف الحر فانه يملك الرقبة ولا تعذر فى حقه فيعتق عليه سواء كان أهلا للاعتاق بأن كان بالغا عاقلا أو كان صغيرا أو مجنونا لان هذه الصلة وهى العتق تجب حقا للعبد فلا تختلف بين أن يكون مكلفا أو لم يكن كنفقات الزوجات والاقارب ثم ذكر الاب والابن هنا وقع اتفاقا ولا يختص هذا الحكم بهما بل جميع من له قرابة الولاد

يدخلون

يدخلون في كتابته تبعا له وأقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعن هذا يتفاوتون في الأحكام فإن الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم أبيه حتى إذا مات أبوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم أبيه والولد المشترى يؤدي بدل الكتابة حالا وإلا رد في الرق والوالدان يردان في الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا وإنما كان كذلك لأن الولد المولود في الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حكما في حق العقد لا حقيقة في حقه لأنه لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك لا باعتبار البعضية لأنهما ليسا ببعض له فاختلفت الأحكام لذلك قال رحمه الله (ولو أخاه ونحوه لا) أي لو اشترى أخاه أو غيره من محارمه غير الولاد لا يتكاتب عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يتكاتب عليه لأن وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذي رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا تقطع يده إذا سرق منهم إلى غير ذلك من الأحكام المختصة بهم فكذا هذا الحكم ولأبي حنيفة رحمه الله أن للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لو اشترى امرأته لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة إليه ولو وجد كنزا غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد ألا ترى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يخاطب الأخ بنفقة أخيه إلا إذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص الوجوب بمحله ولأن هذه قرابة تشبه بني الأعمام في حق بعض الأحكام كحل الحليلة وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة إليه وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين اثنين منهن في النكاح فألحقناها بالولاد في العتق وببني الأعمام في الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه أولى من العمل على عكسه لأن العتق أسرع نفوذا من الكتابة فإن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه ليس للآخر أن يبطله ولو كاتبه كان له أن يبطله قال رحمه الله (ولو اشترى أم ولده معه لم يجز بيعها) أي لو اشترى المكاتب أم ولده مع ولده منها لم يجز له بيعها لأن الولد لما دخل في كتابته امتنع بيعه لما ذكر فتتبعه أمه فيه فامتنع بيعها لأنها تبع له قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها ولا تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لأنه لم يملكها فجاز له أن يبقى على النكاح وكذا المكاتبة إذا اشترت زوجها غير أن لها أن تبيعه كيفما كان لأن الحرية لم تثبت من جهتها على ما بينا من قبل ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له أن يبيعها لأنها أم ولده فصار كالحر إذا اشترى أم ولده وحدها بدون ولده ولأبي حنيفة رحمه الله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولدها لأن كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدي فيتقرر له وبين أن يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد إذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ المكاتبة فحينئذ لزم أن يجعل الشيء الذي هو غير قابل للفسخ من جملة ما يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لأن الذي لا يقبل الفسخ أقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه ومال المكاتب موقوف فلا يجوز أن يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ إلا أنه يمتنع بيعها مع الولد تبعا له وما ثبت تبعا يثبت بشرائط المتبوع ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه قال رحمه الله (وإن ولد له من أمته ولد تكاتب عليه وكسبه له) لأنه بالدعوة يثبت نسبه منه فيتبعه في التكاتب على ما بيناه وكان كسب الولد للمكاتب لأنه في حكم مملوكه فكان كسبه له كما كان قبل الدعوة إذ لا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا لو ولدت المكاتبة ولدا دخل الولد في كتابتها لأن الولد المولود تسري إليه الصفات الشرعية الثابتة في الأم كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك فإذا سرى إليه صار حكمه كحكم أمه فكانت هي أحق به وبكسبه لأنه جزؤها وقد انقطع حق المولى عنه قال رحمه الله (وإن زوج أمته من عبده وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها) لأن الولد يتبع الأم في الأوصاف الحكمية فكان مكاتبا معها فكانت أحق بكسبه من

(قوله يدخلون في كتابته تبعا) أي تبعا له حتى يردون إلى الرق بعجزه فلو كانت كتابتهم بطريق الأصالة لبقيت كتابتهم بعد عجزه وليس كذلك اهـ كاكي (قوله ولو وجد كنزا) أي ولا يملك الهبة اهـ كاكي (قوله فيتبعه في التكاتب على ما بيناه) إشارة إلى قوله لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن أهلا للعتق فإن قيل قد ذكر في الأصول وغيره من فتاوى قاضيخان والمغني أن المكاتب لا يملك التسري ولا يملك وطء أمته بحال لأنه لا يملك فكيف يثبت له الولد من أمته قلنا إلا أن له في ملك مكاتبه ما ليس للحر وذلك يكفي لثبوت النسب منه عند الدعوة وإن لم يحل وطؤه كما في الجارية المشتركة وجارية الابن إذا وطئها الأب وادعى الولد اهـ دراية

الاب لانه لاملك له عليها حتى يسرى الى الولد وقد انقطع يد المولى عنها بالعقد فكذا عن ولدها فكانت هى أحق به لانه جزؤها فصار كنفسها وهى نظير المسئلة الاولى ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب لما ذكرنا أنها أحق به بخلاف ما اذا قبلا الكتابة عن أنفسهما وعن ولد لهما صغير فقتل الولد حيث تكون قيمته بينهما ولا تكون الام أحق بها لان دخوله فى الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فيتبعهما فلا يكون أحدهما أولى به من الآخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالقبول وانما دخل بمجرد التبعية وفيها الام أولى على ما بينا قال رحمه الله (مكاتب أو مأذون نكح باذن حرة بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد) يعنى لو تزوج مكاتب أو عبد مأذون له فى التجارة امرأة زعمت أنها حرة باذن مولاه فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق فليس له أن يأخذه بالقيمة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق فى الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هى الغارة له وكذا اذا غره عبد مأذون أو غير مأذون له فى التجارة أو مكاتب يرجع عليه بعد العتق لانه ليس من باب التجارة فلا ينفذ فى حق مولى الغار وان غره حر رجع عليه فى الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة فيرجع به على الحر فى الحال وعلى غيره بعد الحرية ولو كان مكاتبا وكذا حكم المهر فان المستحق يرجع عليه فى الحال اذا كان التزوج باذن مولاه والا فبعد الحرية وليس له هو أن يرجع على أحد بالمهر على ما عرف فى موضعه وحكم الغرور يثبت بالتزويج دون الاخبار بأنها حرة لمحمد رحمه الله أنه تزوجها راغبة فى حرية الاولاد معتمدا على قولها فلم يحصل له فصار مغرورا كالحر فتكون أولاده أحرارا بالقيمة دفعا للضرر عنه كالحر ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام فى الرق والحرية وترك هذا فى الحر باجماع الصحابة رضى الله عنهم والعبد ليس فى معنى الحر لان حق المولى وهو المستحق فى الحر مجبور بقيمة واجبة فى الحال وفى العبد بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة هكذا ذكروا هنا وهذا مشكل جدا فان دين العبد اذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر فى حق المولى ويطالب به للحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين فيه فى حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد فى الحال وتشهد المسئلة التى تلى هذه المسئلة لهذا المعنى قال رحمه الله (وان وطئ أمة بشراء فاسد فردت فالعقر فى المكاتبة) أى لو اشترى المكاتب أمة شراء فاسدا فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر فى حال الكتابة قبل العتق وكذلك العبد المأذون له فى التجارة لان هذا من باب التجارة فان التصرف يقع صحيحا تارة ويقع فاسدا أخرى والكتابة والاذن ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما كالتوكيل بهما فيظهر فى حق المولى فيؤاخذان به فى الحال قال رحمه الله (ولو بنكاح أخذ به مذ عتق) أى لو تزوج المكاتب امرأة بغير اذن مولاه فوطئها يؤخذ بالعقر بعد العتق وكذلك المأذون له فى التجارة لان التزوج ليس من الاكتساب ولا من باب التجارة فلا ينتظمه الاذن بالتجارة ولان الكتابة كالكفالة فلا يظهر فى حق المولى فلا يؤاخذ به فى الحال بخلاف الفصل الاول وهو ما اذا وطئها بحكم الشراء الفاسد لان الاذن بالتجارة أو الكتابة تناول الشراء الفاسد على ما بينا فيكون ظاهرا فى حق المولى وبخلاف ما اذا اشترى أمة فوطئها ثم استحقت حيث يؤاخذ بالعقر فى الحال لانه من توابع التجارة فيتناوله الاذن وهذا لان المشترى لا يسلم فى كل مرة بل يجوز أن يستحق فكان هذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما وجب وانما كان يجب الحد وما يجب بسبب الشراء يكون من ضمان التجارة وما يترتب عليه حكمه حكم ضمان التجارة وان كان مقابلا بما ليس بمال ألا ترى أن العارية والهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة لما كانت من توابع التجارة التحقت بالتجارة حتى صار العبد مأذونا له فيها وتناولها الاذن بتناوله التجارة وان كانت

(قوله وان غره) أى اذا زوجه على أنها حرة لا اذا أخبره بأنها حرة وتزوجها هو بنفسه اه (قوله فى المتن فاستحقت أو بشراء) هذا ثابت فى نسخ المتن وليس فى خط الشارح رحمه الله اه (قوله أى بالبيع والشراء) هذا حاشية بخط الشارح اه (قوله يؤخذ بالعقر بعد العتق) قال الاتقانى رحمه الله وينبغى لك أن تعلم أن المكاتب انما يؤاخذ بالعقر فى النكاح بعد العتق اذا كانت المرأة ثيبا أما اذا كانت بكرا فافتضها يؤاخذ به فى الحال وقد رويناه قبل هذا عن شرح الطحاوى وكذلك العقر يؤخذ فى الحال وان كانت المرأة ثيبا اذا كان المولى أذن له فى النكاح وقد مر ذلك قبل هذا أيضا اه

﴿فصل﴾ (قوله وولد أم الولد انما يثبت نسبه الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ولدت المكاتبة من المولى ومضت على الكتابة ثم ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعي وذلك لان وطأها حرام على المولى بسبب الكتابة لانه لا يحل له وطء المكاتبة ولكنها مملوكته وولدها ولد المملوكة فلا يلزمه بدون الدعوة اهـ اتقاني (قوله في المتن وان كاتب أم ولده) اعلم أن كتابة أم الولد جائزة ككتابة الاماء لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا بيانه أن أم الولد مملوكة للمولى والملك فيها باق بعد الاستيلاد ولهذا يجوز للمولى وطؤها واجارتها واستخدامها الا أنه لا يجوز اخراجها عن ملكه الى غيره بوجه من الوجوه لئلا يلزم بطلان استحقاقها الحرية فلما كان الملك فيها باقيا جاز كتابتها لانه لا فصل في الآية بين مملوك ومملوك فان قيل رق أم الولد لا قيمة له عند أبي حنيفة فينبغي أن لا يجوز أخذ العوض عنه بالكتابة قيل لرقها قيمة في السعاية وانما لا قيمة له في العقود والبياعات ألا ترى أن أم ولد النصراني اذا أسلمت لزمتها السعاية لهذا المعنى كذا في شرح الاقطع ولان في كتابة أم الولد ايصال حقها اليها معجلا فجازت لحاجتها الى ذلك اهـ اتقاني (قوله في المتن أو مدبره) قال الاتقاني وانما جاز كتابة المدبر لقيام الرق فيه الا أنه استحق الحرية من وجه فاستحقاقها من وجه لا ينافي استحقاقها من وجه آخر فجازت وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له مدبر كاتبه في صحته على مائة وقيمته ثلثمائة وليس له مال غيره ثم مات المولى قال ان شاء العبد سعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته وان كان التدبير بعد الكتابة فان شاء سعى في ثلثي الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته وقال أبو يوسف ومحمد يسعى في الاقل من ذلك الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير ولم يذكر في الجامع الصغير خلاف أبي يوسف ومحمد في المسئلة الاولى كما ترى فلاجل هذا اشتبه الحال واحتاج الى التأويل فقال فخر الاسلام علي البزدوي في شرحه يريد به في المسئلة الثانية وأما في المسئلة الاولى فعند أبي يوسف يسعى في الذي قدره أبو حنيفة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي كتابته وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا كاتب الرجل مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق وبطلت عنه السعاية وان لم يكن له مال غيره فان شاء سعى في الكتابة وان شاء سعى في ثلثي القيمة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يسعى في الاقل من ذلك ولا يخير وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي الكتابة قال أبو الفضل وقول محمد هذا خلاف ما قاله في الجامع الصغير الى هنا لفظ أبي الفضل الحاكم الشهيد اهـ كلام الاتقاني رحمه الله

هي في نفسها تبرعا وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من الكسب فلا يتناوله الاذن ولا عقد الكتابة فيتأخر ما وجب فيه الى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذا الطريق بغير اذن المولى والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أم ولده) لانها لما ولدت من مولاها صارت أم ولد له فتلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد فتختار أيتهما شاءت ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج الى تصديقها لانها مملوكة له رقبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جاريته المكاتبة حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وانما له حق الملك فيحتاج فيه الى تصديقها بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية ابنه حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج فيه الى تصديق الابن لان له أن يتملك مال ولده للحاجة فيتملكها قبيل الاستيلاد بشرطه على ما بيناه في النكاح فلا حاجة الى تصديقه والولد حر لان المولى يملك اعتاق أولادها لانهم يتكاتبون عليها ولا يملك بيعهم فصار حكمهم كحكمها واذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها لكونها أخص بنفسها وأكسابها واذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لانها ما التزمت البدل الا لتسلم لها نفسها باعتبار جهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة أخرى لم ترض بتسليمه له أو لورثته مجانا فلا يجب عليها وان ماتت وتركت مالا تؤدى كتابتها منه وما بقي ميراث لولدها لثبوت عتقها في آخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر وان ولدت ولدا آخر لم يثبت نسبه منه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه وولد أم الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم على المولى وطؤها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها أو ولدت بعد ذلك في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر أولاد أمهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال رحمه الله (وان كاتب أم ولده أو مدبره صح) لان ملكه ثابت في كل واحد منهما وان كانت أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة رحمه الله وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى الحرية في المآل وأم الولد في هذا كغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فيتحقق حكم الكتابة فيها فتملك ما تملكه المكاتب في الحال والمآل وكسبها للمولى فيصح منه اثبات هذه المالكية لها بالبدل ولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما عند أبي حنيفة فجاز أخذ العوض عنه كالقصاص قال رحمه الله (وعتقت

مجانا بموته) أى عتقت بموت المولى بغير شئ يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب أمومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافى بينهما ومن حكمه عتقها بعد الموت مجانا وتسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا أعتقها المولى فى حال حياته ولئن انفسخت الكتابة فى حق نفسها بقيت فى حق الاولاد والاكساب لان الفسخ للنظر لها والنظر لها فى بقاء الكتابة ليتبعها أولادها فى العتق وتسلم لها أكسابها فيجعل كأنها عتقت بالاداء فى حق الاولاد والاكساب ولان دخول أولادها فى الكتابة بطريق التبعية فيعتقون بعتقها تبعا لها لان التبع حكم المتبوع ولا يمكن ذلك الا بالطريق الذى بينا وهو أن تنفسخ الكتابة فى حق سقوط البدل عنها فقط وتبقى فى حق غيره من الاحكام نظرا لها ولو أدت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لبقائها الى وقت الاداء وبالاداء تتقرر ولا تبطل قال رحمه الله (وسعى المدبر فى ثلثى قيمته أو كل البدل بموته فقيرا) أى لو مات بعدما كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار بين أن يسعى فى ثلثى قيمته أو جميع بدل الكتابة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يسعى فى الاقل منهما وقال محمد رحمه الله يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى موضعين الخيار والمقدار وأبو يوسف مع أبى حنيفة رحمهما الله فى المقدار ومع محمد رحمه الله فى نفى الخيار أما الكلام فى الخيار فمبنى على تجزى الاعتاق وعدم التجزى فعنده لما كان متجزيا بقى ما وراء الثلث عبدا أو بقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير للتفاوت بين الامرين وفى التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأقلهما أعسر أداء لكونه حالا فكان فى التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه كان لاجل الكتابة وقد بقى عليه أصل الدين غير مؤجل لان عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو أعتقه المولى فى مرض موته ولا مال له سواه فانه يعتق كله عندهما ويسقط عنه ثلث بدل الكتابة ان لم يكن عليه دين واذا بقى عليه بدل الكتابة حالا أو وجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير حالا فيلزمه أقلهما من غير تخيير اذ لا فائدة فى التخيير بين القليل والكثير فى جنس واحد فصار نظير ما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين فانه يلزمه الاقل بلا اختيار بالاتفاق فكذا هذا والفرق لابى حنيفة رحمه الله أن البدلين حالان فى مسئلة اليمين وهما من جنس واحد فيجب الاقل وهو المتيقن اذ لا فائدة فى التخيير وفيما نحن فيه أحدهما مؤجل فيفيد التخيير على ما بينا وأما الكلام فى المقدار فعندهما رحمهما الله لا يسقط عنه من بدل الكتابة شئ وعند محمد رحمه الله يسقط عنه ثلثه لان الكتابة صادفت كله فيكون البدل مقابلا بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل ألا ترى أنه لو عتق كله بالتدبير بأن كان يخرج من الثلث سقط عنه كل البدل فكذا اذا عتق ثلثه به وجب أن يسقط ثلثه اعتبارا للجزء بالكل ولهذا لو أدى كل البدل فى حياته يعتق كله ولو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق كله بالاداء وصار كما لو تقدمت الكتابة وتأخر التدبير ولهما أن المال قوبل بما يصح مقابلته به وبما لا يصح فانصرف كله الى ما يصح كرجل طلق امرأته طلقتين ثم طلقها ثلاثا بألف لزم الالف كله مقابلا بالاعتاق وهى الطلقة وهذا لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا للمكاتب والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة ما هو ثابت له والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة ليكون بمقابلته شئ من البدل فكان البدل كله بمقابلة ما وراءه ضرورة واذا ثبت أن بدل الكتابة مقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شئ منه للعبد بموت المولى فلا يسقط شئ منه من بدل الكتابة وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبه لان البدل هناك مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شئ من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة

(قوله والفرق لابى حنيفة أن البدلين حال فى مسئلة اليمين) أراد بمسئلة اليمين قوله آنفا لو أعتق عبده على ألف أو ألفين لانه فى قوة قوله ان أديت الى ألفا أو ألفين والشرط يمين عند الفقهاء اه

بقدره

بقدره أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت حتى لو أتلفه انسان لا يضمن الا قيمة الثلثين فكان البدل بازاء الثلثين ضرورة وليس هذا كما اذا أدى في حياته لان استحقاق الثلث قد بطل فبطل التقدير الذي قلنا ألا ترى أن أم الولد اذا كاتبها ثم مات سقط عنها بدل الكتابة كله لاستحقاقها الحرية بجهة أخرى فكأن نفسها كانت سالمة لها بتلك الجهة ولو أدت البدل في حال حياته صح الاداء وعتقت به لبطلان استحقاقها بالاداء في حال حياته قال رحمه الله (وان دبر مكاتبه صح) لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق فيه بشرط الموت وهذا لانه يملك رقبته وهذا التصرف نافع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجانا أو يعجز عن أداء بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرية متحصلة قال رحمه الله (وان عجز بقي مدبرا) لوجود السبب الموجب له قال رحمه الله (والا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسرا) أي ان لم يعجز ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته وبين أن يسعى في ثلثي بدل الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يسعى في الاقل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الاعتاق وعدم تجزيه على ما بيناه أما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شيأ من الحرية قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من بدل الكتابة بخلاف ما اذا تقدم التدبير لانه سلم له بالتدبير الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان على ما بينا قال رحمه الله (وان أعتق مكاتبه عتق) لان ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق قال رحمه الله (وسقط بدل الكتابة) لانه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالاعتاق مجانا والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ بالتراضي بالاجماع وقد وجد من المولى بالاقدام على الاعتاق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض وبسلامة أكسابه لان الكتابة تنفسخ في حق سقوط البدل خاصة وتبقى في حق غيره على ما بيناه فيما مضى قال رحمه الله (وان كاتبه على ألف مؤجل فصالحه على نصف حال صح) والقياس أن لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لانه تعليق العتق بشرط الاداء ولانه شرع مع المنافي اذ الاصل أن لا يجري هذا العقد بين المولى وعبده اذ العبد وما في يده لمولاه والاجل أيضا مال من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا بالاجل فيه شبهة ولان الصلح أمكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديدا للعقد على خمسمائة حالة قال رحمه الله (مات مريض كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثي البدل حالا والباقي الى أجل أو رد رقيقا) معناه أن مريضا كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيقا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيقا لان له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فكان له أن يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بالطريق الاولى فصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز وان لم يكن له مال آخر وصار كما مؤجلا لان له أن يطلقها بدون البدل ولهما أن ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض متمكنا من أن لا يملكه أصلا فاذا ملكه مؤجلا لا يثبت للورثة حق الاعتراض ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليه أحكام الابدال من حق الاخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس بالمسمى كله فيما اذا باع ما يساوي ألفا بألفين وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال ولم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا لا يتعلق بالبدل وأصله المريض اذا باع دارا قيمتها ألف بثلاثة آلاف الى سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة فعندهما

(قوله فاذا عتق بعض) أي وهو الثلث اه (قوله بعد ذلك) أي بالتدبير اه اتقاني (قوله والقياس أن لا يجوز) وبه قال الشافعي ومالك وفي الحلية وبه قال أبو يوسف وزفر اه دراية (قوله اعتياض عن الاجل) كأنه اشترى من المكاتب خمسمائة معجلة بألف مؤجلة اه غاية (قوله فكان ربا) أي وهو حرام بين المولى وسيده ولهذا نص الحاكم في الكافي أن الرجل اذا اشترى من مكاتبه درهما بدرهمين لم يجز اه اتقاني (قوله ولهذا لا يجوز مثله) أي لو كان له دين على الحر أو مكاتب الغير مؤجلا فصالحه على بعضه معجلا لا يجوز بالاجماع فكذا هنا اه دراية (قوله ولم تجز الورثة) أي التأجيل لان المريض لم يتصرف في حق الورثة الا في حق التأجيل فكان لهم أن يردوه اذ بتأجيل المال أخر حق الورثة وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون اجازتهم كذا في المبسوط اه كاكي

يقال للمشترى إما أن تعجل ثلثى جميع الثمن والثلث عليك الى أجله والا فانقض البيع وعنده يقال له إما أن تعجل ثلثى القيمة والباقى عليك الى أجله والا فانقض البيع وحاصله أن المحاباة بالاجل تعتبر فى جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لان التأجيل تبرع من المريض من حيث إن الوارث يصير ممنوعا عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة بدليل أنه يثبت فيه أحكام الابدال وعنده الاجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال ويعتبر فى قدر القيمة من الثلث قال رحمه الله (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم يجيزوا أدّى ثلثى القيمة حالا أو ردّ رقيقا) وهذا بالاجماع لان المحاباة هنا حصلت فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما والفرق لمحمد بين هذه المسئلة وبين الاولى أن الزيادة على القيمة كانت حق المريض فى الاولى حتى كان يملك اسقاطها بالكلية بان يبيعه بقيمته فتأخيرها أولى لانه أهون من الاسقاط وهنا وقعت الكتابة على أقل من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله لان حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الاولى قال رحمه الله (حر كاتب عن عبد بألف وأدّى عتق وان قبل العبد فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول حر لولى العبد كاتب عبدك فلانا على ألف درهم على أنى ان أدّيت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل الرجل ثم أدّى ألفا فانه يعتق لان عتقه تعلق بادائه فيعتق بوجود الشرط من غير قبول العبد واجازته كما اذا علقه بغيره من الشروط واذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله فصار اجازته فى الانتهاء كقبوله فى الابتداء ولو قبله فى الابتداء أو وكله به كان ينفذ فكذا اذا أجازه ولو قال العبد لا أقبله فأدّى عنه الرجل الذى كاتب عنه لا يجوز لان العقد ارتدّ بردّه ولو ضمن الرجل لم يلزمه شئ لان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ولو لم يقل على انى ان أدّيت اليك ألفا فهو حر فأدّى لا يعتق قياسا لان العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفى الاستحسان يعتق لان الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع العبد وهو أن يعتق عند أداء المشروط موقوفة فيما يرجع الى وجوب البدل عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد بقدر الامكان وقيل هذه هى صورة مسئلة الكتاب ولو أدّى الحر البدل عنه لا يرجع على العبد لانه متبرع فيه وحصل له مقصوده وهو عتق العبد فصار نظير ما لو تبرع بأداء الثمن عن المشترى وقيل يرجع على المولى ويستردّ ما أدّاه ان أدّاه بضمان لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير الواجب ألا ترى أنه لو ضمن المال فى الكتابة الصحيحة فأدّى يرجع بما أدّى فههنا أولى وان أدّاه بغير ضمان لا يرجع لانه تبرع به ليحصل العتق له فتم أداؤه هذا اذا أدّى عنه بدل الكتابة كله وان أدّى عنه بعضه فله أن يرجع به سواء أدّى بضمان أو بغير ضمان لانه لم يحصل غرضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كما اذا تبرع بأداء الثمن فى بيع موقوف كان له أن يستردّ من البائع لهذا المعنى بخلاف ما اذا قبل العبد الكتابة بنفسه ثم تبرع عنه انسان ببعض بدل الكتابة لا يرجع لان غرضه بذلك قد حصل وهى براءة ذمة العبد بقدره من البدل وهنا لم يكن فى ذمة العبد شئ حتى يبرأ بادائه وكذا لو أدّاه قبل اجازة العبد العقد ثم أجازه ليس له أن يرجع بما أدّى سواء أدّى البعض أو الكل الا اذا أدّاه عن ضمان لان الكتابة بالاجازة نفذت من الابتداء فيكون الاداء مبرئا للمكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصوده الا أن الضمان فاسد فيرجع عليه بحكم فساده قال رحمه الله (وان كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح) أى كاتبهما المولى ومعنى المسئلة أن يقول العبد الحاضر لسيده كاتبنى عن نفسى وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جازت هذه الكتابة استحسانا والقياس أن لا تجوز الا عن نفسه لولايته عليه كمن باع ماله ومال غيره أو كاتب عبده وعبد غيره فانه يجوز فى عبده لوجود الولاية عليه دون عبد غيره لعدمها ووجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل فى كتابتها ولدها المولود فى الكتابة أو المشترى فيها أو المضموم اليها فى العقد تبعا لها حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم شئ من البدل ولان هذا تعليق العتق

باداء الحاضر والمولى ينفرد به في حق الغائب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب الحاضر
بألف ثم قال ان أديته الى فغلان حر فانه يصح من غير قبول الغائب فكذا هذا فاذا أمكن جعل الغائب
تبعا استغنى عن شرط رضاه وينفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل لان كله عليه دون الغائب
ولا تعتبر اجازة الغائب ولا رده اذ لا يتوقف في حقه ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشئ منه لانه ليس عليه
دين الكتابة أصلا ولو اكتسب شيأ ليس للمولى أن يأخذه من يده وليس له أن يبيعه من غيره لانه مكاتب
تبعا ولو أبرأه المولى أو وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولو أبرأ الحاضر أو وهبه له
عتقا جميعا ولو أعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل لان الغائب دخل في العقد مقصودا
فكان البدل منقسما عليهما وان لم يكن مطالبا به بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الام
شئ من البدل بعتقه لانه لم يدخل مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل في الكتابة بعد ذلك
تبعا لها وكذا ولدها المشترى ولو أعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط حصة الحاضر من الكتابة ويؤدى
الغائب حصته حالا والا رد في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يبقى على نجوم والده اذا مات على
ما عرف في موضعه قال رحمه الله (وأى أدى عتقا) أى أيهما أدى بدل الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما
وهو أداء بدل الكتابة ويجبر المولى على القبول أما اذا دفع الحاضر فلان البدل عليه وهو أصل فيه وأما
اذا دفع الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا اليه كما اذا أدى ولد
المكاتب فانه يجبر على القبول وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا دفع الدين الى المرتهن فان المرتهن يجبر
على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين قال رحمه الله (ولا يرجع على صاحبه)
أى لا يرجع واحد منهما على الآخر بما أدى الى المولى من بدل الكتابة أما الحاضر فلانه قضى دينا عليه
فلا يرجع به على غيره وان عتق معه لانه تبع له كما اذا أدى المكاتب البدل وعتق أولاده وآباؤه فانه
لا يرجع عليهم بشئ وان عتقوا معه لكونهم أتباعا وأما الغائب فلانه أدى بغير أمره وليس بمضطر فيه
من جهته بل يطلب نفعا مبتدأ بخلاف معير الرهن اذا أدى الدين لاستخلاص عينه فانه يرجع على
الراهن لانه مضطر من جهته قال رحمه الله (ولا يؤخذ غائب بشئ) أى لا يطالب المولى الغائب ببدل
الكتابة لانه لا دين عليه اذ لم يلتزم له شيأ وانما دخل في الكتابة تبعا فصار نظير ولد المكاتب فانه لا يطالب
بشئ اذ ليس عليه دين ومع هذا لو أدى البدل يجبر المولى على القبول قال رحمه الله (وقبوله لغو) أى
قبول الغائب لغو لا يعتبر وكذا رده لغو لان الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله
ولا يتغير برده لكن كفل بدين عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فاجازته باطلة ولا يعتبر حكمه حتى لو أدى عنه
لا يرجع عليه قال رحمه الله (وان كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح وأى أدى لم
يرجع) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجههما في المسئلة الأولى لان هذه مثلها في جميع
ما ذكرنا من الاحكام الا أن الام أو الاب الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون دخول الولد في كتابتها بالشرط
لا بالولاية كدخول الغائب في كتابة الحاضر وأيهم أدى يجبر المولى على القبول وقبول الاولاد الكتابة
وردهم لا يعتبر ولو أعتق المولى الام بقى عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها في الحال بخلاف الولد
المولود في الكتابة أو المشترى حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الام بالبدل دونهم ولو أعتقهم سقط
عنها حصتهم وعليها الباقي على نجومها ولو اكتسبوا شيأ ليس للمولى أن يأخذه ولا له أن يبيعهم ولو أبرأهم
عن الدين أو وهبهم لا يصح ولو ابرأها صح فتعتق ويعتقون معها لما ذكرنا في كتابة الحاضر مع الغائب والله
سبحانه وتعالى الموفق

﴿باب كتابة العبد المشترك﴾

قال رحمه الله (عبد لهما أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حظه بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب

(قوله وليس بمضطر فيه) يناقض ما تقدم من قوله لكونه مضطرا اه قارى الهداية من خط الشارح

﴿باب كتابة العبد المشترك﴾

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة عبد مشترك بين اثنين لان الاصل عدم الاشتراك أو لان الاثنين بعد الواحد وأطلق كتابة العبد المشترك ولم يقيد بكتابة أحد الشريكين أو بكتابتهما حتى يشمل الامرين لان الباب لبيانهما جميعا اه اتقاني

وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده وعندهما لا تتجزأ وأصل الخلاف في الإعتاق هل يتجزأ أم لا لأن الكتابة شعبة من شعبه إذ هي تفيد الحرية في الحال يدا وفي المآل رقبة فيقتصر على نصيبه عنده وفائدة الإذن بالكتابة أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن وفائدة إذنه بالقبض أن ينقطع حقه فيما قبض بل يختص به القابض لأن إذنه بالقبض إذن للعبد بالأداء إليه منه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب أخص به فإذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله كرب الوديعة إذا أذن للمودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل كذا هذا إلا إذا نهاه قبل الأداء فيصح نهيه لأنه تبرع لم يتم بعد وإنما قلنا ذلك لأن المكاتب نصف كسبه له لا يتعرض له فيه أحد لكون نصفه مكاتبا والنصف للشريك الذي لم يكاتب لأن نصيبه قن فيكون كسبه له فإذا أذن للمكاتب أن يصرفه بدينه صح إذنه وتم بالقضاء بنفسه به فلهذا كان المقبوض للقابض وإن عجز المكاتب ولا يرجع الآذن بذلك وإن لم يحصل مقصوده وهو الحرية به لأن المتبرع عليه هو العبد ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف ما إذا تبرع شخص بقضاء ثمن المبيع ثم استحق أو هلك قبل القبض وانفسخ البيع أو تبرع بقضاء مهر ثم حصلت الفرقة من جهة المتبرع عنه حيث يرجع بالثمن والمهر لأن ذمة البائع والمرأة محل صالح لوجوب دين المتبرع عليهما فأمكن الرجوع ولو كان الشريك الآذن مريضا وأدى من كسبه بعد الإذن صح من جميع المال وإن أدى من كسبه قبله صح من الثلث لأنه تبرع بعين مال وفي الأول بالمنافع إذ لم يكن المال موجودا حالة الإذن فالتبرع بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل ينفذ من جميع المال بخلاف العين وعندهما الكتابة لا تتجزأ فيكون الإذن بكتابة نصيبه إذنا بكتابة كله فإذا كاتبه صار كله مكاتبا كاتب نصيبه بالأصالة ونصيب شريكه بالوكالة فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة بينهما والمقبوض بينهما قبل العجز وبعده ولو كاتبه بغير إذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عنده وعندهما صار كله مكاتبا لما ذكرنا وكان للساكت أن يفسخ بالإجماع قبل أن يؤدي بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه بخلاف ما إذا باع نصيبه حيث لا يفسخ البيع لأنه لا ضرر فيه إذ لا يخرج نصيبه من يده ولا يؤول إلى ذلك وبخلاف العتق وتعليق عتقه بالشرط حيث لا يفسخ لأنه لا يقبل الفسخ ولو أدى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله لأن العتق يتجزأ عنده وللساكت أن يأخذ من الذي كاتب نصف ما أخذ من بدل الكتابة لأنه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر إن كاتب كله بألف لم يرجع على المكاتب بشيء مما أخذ منه شريكه لأنه سلم له بدل نصيبه وإن كاتب نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب بما أخذ شريكه لأن الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له إلا بعضه فيرجع به عليه وعندهما بالأداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه إن كان موسرا وإلا فعلى العبد كما لو أعتقه وله أن يأخذ نصف ما بقي من الأكساب لأنه كسب عبد مشترك ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الأول صار مكاتبا لهما أما عنده فظاهر لأن نصيبه لم يتكاتب من قبل فصح كتابته بعد الأول لأن الكتابة تتجزأ عنده فينفذ كتابة كل واحد منهما وأما عندهما فلأن الساكت كان له أن يفسخ فإذا كاتبه كان فسخا منه في نصيبه وأيهما قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك وتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه فإن أدى إليهما معا فالولاء لهما عندهم وإن قدم أحدهما صار مكاتبهما حر وأحدهما يعتق نصفه عند أبي حنيفة رحمه الله ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية إلا أن يعجز المكاتب فيخير الساكت بين تضمين المعتق والإعتاق واستسعاء العبد إن كان المعتق موسرا وبين الاستسعاء والإعتاق إن كان معسرا وعند أبي يوسف يضمن المعتق إن كان موسرا ويستسعى العبد في نصف قيمته إن كان معسرا وعند محمد يضمن الأقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار وفي الإعسار يسعى في ذلك وإن كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بأداء نصيب أحدهما إليه ويعتق بإعتاقه وإبرائه

(قوله فهى أم ولد للاول) قال الاتقانى رحمه الله وعلى الاول نصف قيمة الثانى لانه تملك نصيبه منها حين عجزت عند أبى حنيفة وعليه نصف العقر لانه وطئ مكاتبة مشتركة بينه وبين صاحبه فوجب العقر كله عليه فصار ذلك كسبا لها ثم لما عجزت كان ذلك المكسب بينهما فسقط عنه نصيبه وبقى نصيب صاحبه فلذلك وجب نصف العقر فان كان أدى العقر اليها قبل العجز صح لانه كسبها وأما الشريك الساكت فقد أقر بوطء أمة كلها ملك الاول على اعتبار العجز فيغرم عقرا كاملا وعلى اعتبار الكتابة يغرم عقرا كاملا أيضا لانها مكاتبة بينهما ووطء الرجل مكاتبته يوجب العقر كوطء مكاتبة الغير وان أدى العقر اليها صح لانه كسبها وان لم يؤد اليها أدى الى شريكه لان العقر صار كله حقا له بالعجز وعندهما لما تكامل الاستيلاد للاول لم تصح دعوة الثانى ولم يغرم قيمة الولد ويضمن عقرا كاملا للاول لانه أقر بوطء أم ولد الغير ولكن سقط الحد لمكان الشبهة ويضمن الاول نصف قيمتها ونصف عقرها لانه استولد جارية مشتركة بينه وبين غيره اه (قوله ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة) أى ولا يجوز وطء الآخر لها اه غاية (قوله واستيلاد القنة لا يتجزأ) يأتى تعليله بعد أربعة أسطر فى الشرح اه (قوله واستيلاد المدبرة يتجزأ) يأتى تعليله فى هذه الصفحة من الشرح اه (قوله والاستيلاد لا يحتمله) ألا ترى أن من كاتب أم ولده ثم مات تنفسخ الكتابة وكذا اذا أعتق المكاتب من غير جهة الكتابة تنتقض الكتابة واذا انفسخت الكتابة صارت قنة والاستيلاد فى القنة لا يتجزأ وليس كذلك اذا استولد رجل مكاتبة نفسه حيث لا تنتقض الكتابة لان نقض الكتابة فى المكاتبة المشتركة للحاجة الى تكميل الاستيلاد ولا حاجة الى التكميل فى مكاتبة نفسه لان الاستيلاد كامل اه اتقانى (قوله والكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتب) أى فى أمومية الولد لانها فيها انفسخت حيث لا تبقى محلا للابتذال كالبيع والهبة اه اتقانى (قوله وتبقى) أى الكتابة (فيما وراءه) أى فى غيره لا تتضرر به المكاتبة يعنى أن الكتابة تنفسخ ضرورة تكامل الاستيلاد لانها لو بقيت لما والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولا يظهر أثر الانفساخ فى غير موضع الضرورة حتى تبقى مكاتبة فى غيره كما كانت حتى لا يسقط نصف بدل الكتابة بل تبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة وحتى لا يجب على المستولد الاول قيمة النصف قنا بل يجب قيمة النصف مكاتبا وحتى لا يتعدى انفساخ الكتابة الى نسب المستولد وحتى لا يجب الحد على الثانى لانه حصل واطئا مكاتبته فافهم اه اتقانى (قوله فلا تقبل النقل من ملك الى ملك) أى بسائر الاسباب فكذا الانتقال بالاستيلاد وتحقيقه أن الاستيلاد يجب القول بتجزيه اذا عارضه حق لازم اه اتقانى (قوله ونصف عقرها) أى لوطئه جارية مشتركة اه هداية

وهبته نصيبه لانه لم يبق له حق قبله فيكون حكمه كالمسئلة الاولى فى التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيها وباستيفاء نصيبه لم يبرأ لان المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه به فلا يعتق حتى يؤدى الكل وحكمه ظاهر قال رحمه الله (أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه ثم وطئها الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهى أم ولد للاول وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه وأى دفع العقر الى المكاتبة صح) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما هى أم ولد للاول وهى مكاتبة كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند أبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الاخير من الآخر ولا يكون الولد له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبنى على الاختلاف فى تجزى استيلاد المكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما لا يتجزأ واستيلاد القنة لا يتجزأ بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزأ بالاجماع فاذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعى أحدهما الولد الاول صحت دعوته لانه استولدها وله فى نصفها ملك وهو يكفى لصحة الاستيلاد وصار نصيبه أم ولد له ولم يتملك نصيب صاحبه وبقى نصيب الآخر مكاتبا على حاله وقالا يتملك نصيب صاحبه وصارت كلها أم ولد له لان الاستيلاد يجب تكميله ما أمكن ألا ترى أنه لو استولد أمة مشتركة تصير كلها أم ولد للمستولد لامكان التكميل بالتمليك لكونها قابلة للنقل وقد أمكن هنا لان الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمله فرجحنا الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة فى حق التملك وهى لا تتضرر به والكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتب وتبقى فيما وراءه ولهذا يجوز عتقه عن الكفارة بخلاف ما لو استولد مدبرة مشتركة فانه لا يكمل ويقتصر على نصيبه لانه لا يمكن تكميلها اذ التدبير يمنع النقل من ملك الى ملك ولا يقال لم لا تنفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد لانا نقول فى انفساخها ضرر ببطلان حقها فى الكتابة والكتابة لا تنفسخ فيما تتضرر به المكاتب ولابى حنيفة رحمه الله أن الاستيلاد يقبل التجزى اذا وقع فى محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين اذا استولدها أحدهما فانه يتجزأ ويقتصر الاستيلاد على نصيبه والكتابة لازمة كالتدبير فلا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر الاستيلاد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة فاذا جاءت بولد آخر وادعاه الآخر فقد ادعى نسب ولد أمة نصفها ملك له فتصح دعوته ويثبت نسبه منه فاذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين أن الامة كلها أم ولد للاول لان المقتضى للتكميل قائم والمانع من التكميل الكتابة وقد زالت فيعمل المقتضى عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبائع اذا أسقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده فيضمن للآخر نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لتكامل الاستيلاد ونصف عقرها وضمن الآخر عقرها وقيمة الولد والولد

حر بالقيمة لان الآخر بمنزلة المغرور لانه وطئها على ظن أنها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة أنه لا ملك له فيها وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة لكنه وطئ أم ولد الغير فلزمه كمال العقر وأيهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترده الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها وهذا كله عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما هى أم ولد الاول تكميلا للاستيلاد لان الكتابة تفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة على ما مر واذا صارت كلها أم ولد له فوطئ الثانى صادف أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة ولزمه كل المهر لان الوطء فى دار الاسلام لا يخلو عن الضمان الجابر أو الحد الزاجر فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر ثم قال أبو منصور الماتريدى رحمه الله اذا بقيت الكتابة عندهما صارت كلها مكاتبة للمستولد بنصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة والجمهور على أنها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لان الانفساخ ضرورى فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم التملك فبقى الكل للاول كما كان والمكاتبة هى التى تعطى العقر لاختصاصها بنفسها وبأبدال منافعها ولو عجزت وردت فى الرق ترد الى الاول لظهور اختصاصه بها ثم قال أبو يوسف رحمه الله يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة لانه يملك نصيب شريكه مكاتبة موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما وقال محمد رحمه الله يضمن الاول من نصف قيمتها ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة لان حق الشريك فى نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء وفى نصف بدل الكتابة على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب الاقل قال رحمه الله (وان دبر الثانى ولم يطأها فعجزت بطل التدبير) وهذا بالاجماع أما عندهما فلان المستولد ملكها قبل العجز وأما عنده فلانه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للاول وان الثانى لم يكن له فيها ملك لما مر والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى أمة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها هو فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بقيمته فكذا هنا (وهى أم ولد للاول) لانه يملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد لامكانه قال رحمه الله (وضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا قال رحمه الله (ونصف عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (والولد للاول) لان دعواه قد صحت على ما مر وهذا كله بالاجماع قال رحمه الله (وان كاتباها فحررها أحدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا وأصله أن الاعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال عندهما وانفسخت الكتابة ثم الساكت يضمن المعتق ان كان موسرا ولا يرجع المعتق عليها لانه ضمن باعتاقه وهو فعله فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن العتق يتجزأ فجاز اعتاق نصف المكاتبة ولا يؤثر الفساد فى نصيب الساكت زيادة على ما أوجبته الكتابة فلا يظهر ما دامت مكاتبة لان اعتاق النصف عنده يؤثر فى جعل الباقى كالمكاتب وهى كانت مكاتبة قبل الاعتاق فكان الاعتاق محققا

(قوله ثم قال أبو منصور الماتريدى اذا بقيت الخ) قال الاتقانى ثم عندهما لما صارت كلها أم ولد للاول قبل العجز تبقى مكاتبة ولكن اختلف المشايخ قال بعضهم بنصف بدل الكتابة وقال بعضهم بجميع بدل الكتابة والاول قول الشيخ الامام أبي منصور الماتريدى لان الكتابة لما انفسخت فى نصيب الثانى سقط نصف بدل الكتابة وحصلت البراءة عن نصف البدل فصارت مكاتبة بالنصف فصار عتقها معلقا بأداء النصف والثانى قول عامة المشايخ لان انفساخ الكتابة أمر ضرورى ثبت فى حق التمليك ضرورة تكامل الاستيلاد فلا يظهر فيما عدا ذلك أعنى فى حق سقوط نصف بدل الكتابة فيبقى العقد الاول كما كان ولهذا جعل أبو يوسف ومحمد ذلك بمنزلة تملك المكاتبة ألا ترى أن أبا يوسف قال يضمن نصف قيمتها مكاتبة وقال محمد يضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف بدل الكتابة فاتفقا على قيام الكتابة فى ذلك النصف (قوله ثم قال أبو يوسف الخ) قال الاتقانى ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف يضمن قيمة نصيب شريكه بالغة ما بلغت يعنى نصف قيمتها مكاتبة وقال محمد يضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقى من بدل الكتابة وكذلك هذا الاختلاف فى مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما ووجه قول أبي يوسف أن المدعى تملك نصيب صاحبه حتى صار كله مكاتبا له فيضمن قيمة ما ملكه موسرا كان أو معسرا وفى مسألة العتاق أتلفه فيضمن ما أتلفه ان كان موسرا اه (قوله نصف قيمتها مكاتبة) لم يتحرر انما مقدار قيمة المكاتبة اه اق (قوله فى المتن بطل التدبير) بالاتفاق وهذا ظاهر لا يشكل على قولهما لان تدبير الثانى لكتابتها لم يصادف ملكه لان الاول لما استولدها صار كلها أم ولد له ومكاتبة له وأما عند أبي حنيفة فلان الجارية لما عجزت ظهر أن كلها أم ولد للاول والثانى قبل عجزها فيها ظاهر الملك لا حقيقته وظاهر الملك كاف لثبوت النسب اه اتقانى (قوله لانه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا) أى فى تعليل قول أبي حنيفة اه (قوله وقد بيناه من قبل) أى فى تعليل القولين اه

الكتابتها فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور آثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر أثر العتق فيها فكان للساكت الخيارات المذكورة فى العتاق وهى ان كان المعتق موسرا فله أن يعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن المعتق فاذا ضمن المعتق كان للمعتق أن يرجع على العبد المعتق لانه قام مقام الساكت وان كان المعتق معسرا كان له خيار العتق أو الاستسعاء على ما بينا فى العتاق وعلى هذا الخلاف لو دبر المكاتبة أو استولدها فعنده لا يظهر حكم الاستيلاد ولا التدبير الا بعد عجزها لانهما يتجزآن عنده فيقتصران على نصيبه ونصيب شريكه مكاتب على حاله وكذا نصيبه لان التدبير والاستيلاد لا ينافيان الكتابة ابتداء ولا بقاء فبقيا على ما كانا عليه بخلاف الاعتاق لان نصيبه بعد الاعتاق لا يقبل الكتابة ابتداء ولا بقاء فينفسخ فى نصيبه دون نصيب شريكه فاذا عجزت ظهر أثرهما فيضمن قيمتها موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك وعندهما لا يتجزآن فصارت كلها أم ولده أو مدبرة لان الكتابة لا تمنع النقل لانها تفسخ فى حق ما ينفعها ثم تبقى مكاتبة على حالها اذ لا تنافى بينهما ويضمن لشريكه نصف قيمتها فى الحال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والاعسار ويضمن العقر فى الاستيلاد

قال رحمه الله (عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر للمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته وان حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء لما عرف من مذهبه فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه فاذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادفه وهو مدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وأبق وضمن الغاصب قيمته فانه لا يملكه فكذا هذا وان أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقى خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره أحدهما فاعتاق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان أعتقه أحدهما أولا فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتقه ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما والله أعلم بالصواب

﴿ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ﴾

قال رحمه الله (مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة أيام) نظرا الى الجانبين والثلاثة هى المدة التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه قال رحمه الله (والا عجزه وفسخها أو سيده برضاه) يعنى ان لم يكن له مال سيصل فى ثلاثة أيام فسخ القاضى الكتابة أو فسخ المولى برضا المكاتب وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد فى الرق

(قوله فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه) أى خلافا لهما اه (قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه) أى لان المدبر كان يستخدمه فبعد اعتاق الثانى له الاستخدام اه اتقانى (قوله وأشباهه) كالهبة والصدقة والارث والوصية اه (١٦٩) (قوله وأمثاله) كالاجارة والاعارة والوطء اه (قوله والاعتاق وتوابعه) وهى الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال اه ﴿فرع﴾ قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير منافع المملوك ثلاثة الاسترباح بالبيع والاستخدام وقضاء الدين من ماليته بعد الموت وبالتدبير تفوت منفعة واحدة وهى الاسترباح وبالاستيلاد تفوت منفعتان قضاء الدين بعد الموت والاسترباح فتوزع القيمة على ذلك فتكون قيمة المدبر ثلثى قيمته قنا وقيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة اه

﴿ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ﴾

واعاذكر هذا الباب آخرا لان الموت والعجز عارضان بعد الكتابة فكان التأخير هو المناسب لان العارض بعد الاصل اه غاية (قوله فى المتن مكاتب عجز عن نجم الخ) قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى المكاتب يعجز فيقول أخرونى قال ان كان له مال حاضر أو مال غائب يرجى قدومه أخرته يومين أو ثلاثة لا أزيده على ذلك وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا أرده فى الرق حتى يتوالى عليه نجمان الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وقول ابن أبى ليلى كقول أبى يوسف كذا فى اختلاف اه اتقانى (قوله الا بلاء) أى الاظهار اه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) ومعنى النجم هو الطالع ثم سمى به الوقت المضروب ومنه قول الشافعى أقل

التأجيل نجمان أى شهران ثم سمى به ما يؤدّى فيه من الوظيفة اهـ اتقانى (قوله والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر) و بقول أبى يوسف قال أحمد وابن أبى ليلى وابن عيينة والحسن بن حى اهـ كاكى (قوله ولانه عقد إرفاق) أى رفق يقال رفقت به وأرفقت بمعنى كذا فى الصحاح اهـ اتقانى (قوله وحالة الوجوب الخ) يعنى الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز الا بتوالى نجمين فلا يثبت حق الفسخ قبل دليله وهذا لانه لما مضى نجم صار حالا والعجز عن البدل الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق الا بعد الامهال وابلاء العذر اهـ كاكى (قوله وأولى المدد) أى أحق الآجال (١٧٠) ما أجمع عليه العاقدان اهـ كاكى (قوله ما توافق عليه العاقدان) أى وهو النجم الثانى فاذا مضى الثانى تحقق العجز فوجب الفسخ اهـ كاكى وكتب ما نصه قال فخر الاسلام على البزدوى وقول أبى يوسف استحسان صار اليه تيسيرا على العبد اهـ اتقانى (قوله كما فى شرط الخيار وفى قصص الاخيار) فان الخضر قال لموسى بعد الثلاثة هذا فراق بينى وبينك اهـ (قوله اذا استمهل ثلاثا يمهل) أى ولم يكن بهذا القدر ممتنعا من الاداء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا لم يكن له وجه أصلا حيث لا ينتظر عليه أصلا لانه تبين عجزه والمولى لم يرض بحليته الا بأداء المال فلا يلزمه ما لم يرض به من المدّة اهـ اتقانى (قوله فلا بد من القضاء بالفسخ) أى لان هذا عيب تمكن فى أحد العوضين بعد القبض لان المكاتب بالعقد صار فى يده اهـ كاكى (قوله ولا يشترط رضا المكاتب) أى لان هذا عيب تمكن فى أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام العقد بالاداء فصار اهـ كاكى (قوله ويحكم بعتقه فى آخر حياته) وأجمعوا أنه اذا مات عاجزا مات عبدا العتق وتفسخ الكتابة وتفسير الوفاء أنه اذا مات وترك ولدا فانه يؤمر بأن يسعى و يؤدّى بدل الكتابة و يجعل أداؤه كأدائه ويحكم بحريته فى آخر جزء من أجزاء حياته وان لم يكن له ولد وترك مالا به وفاء ببدل الكتابة فانه يؤدّى بدل الكتابة منه ويحكم بحريته كذا فى الطريقة البرهانية اهـ اتقانى (قوله وكذا يحكم بعتق أولاده) أى المولودين أو المشترين فى حال الكتابة اهـ كاكى (قوله وهو قول) أى قول على و اهـ هداية (قوله وما ترك فهو لمولاه) أى وبه قال أحمد والنخعى والشعبى وقتادة وأبو سليمان وأصحابه وعمر بن عبد العزيز اهـ كاكى

والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولانه عقد إرفاق حتى كان التأجيل فيها سنة وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بدّ من امهال مدّة وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولان الفسخ للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بمجرد الحلول فلا بدّ من امهال مدّة فكان ما اتفقا عليه أولى ولهما ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكاتبا له عجز عن نجم فردّه فى الرق ولان المقصود بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الاوّل وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة فى المبيع ولانه لما مضى نجم ووجب عليه حصته صار كأنه كوتب على ذلك القدر حالا وفيه يقال له إما أن تؤدّى المال حالا والا رددت فى الرق فكذا هذا والمروى عن على رضى الله عنه يفيد اثبات الفسخ اذ توالى عليه نجمان فلا ينفى ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص الشئ بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه على ما عرف من القاعدة والتأخير الى ثلاثة أيام انما كان لاجل امضاء موجب العقد لان الاداء لا يتوجه الا بعد انقضاء مدّة النجم ولا بدّ للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر المذكور على أن يكون من باب التأجيل دون التأخير نظرا لهما واظهار العذر اذ هى مدّة ضربت لاظهار الاعذار كما فى شرط الخيار وفى قصص الاخيار وامهال المرتد وامهال المدّعى عليه الدفع بعد الحكم عليه وامهال المدين للقضاء فانه اذا استمهل ثلاثا يمهل وقوله عجزه وفسخها يعنى الحاكم يحكم بعجزه لانه واجب عليه عند طلب المولى ذلك وله ولاية عامة فيفسخ وقوله أو سيده برضاه يعنى أو يفسخه المولى برضا المكاتب لان الكتابة تقبل الفسخ بالتراضى بلا عذر فمع العذر أولى وان لم يرض العبد فلا بدّ من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بدّ من القضاء أو الرضا كالردّ بالعيب بعد القبض وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضا المكاتب كما اذا وجد المشترى فى المبيع عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ وحديث ابن عمر يدل على ذلك وهذا لان الكتابة تتم بقبض المولى البدل فما لم يقبض لا تتم فيفسخه مستبدّا به اذا فات غرضه كما يستبد المشترى بالفسخ بالعيب قبل القبض قلنا العبد بعد العقد صار فى يده فصار هذا فسخا بعد القبض فلا بدّ من القضاء أو الرضا قال رحمه الله (وعاد أحكام الرق) أى اذا عجز عاد الى أحكام الرق لان الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد قال رحمه الله (وما فى يده لسيده) لانه ظهر أنه كسب عبده اذ هو كان موقوفا عليه أو على المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فكان لمولاه قال رحمه الله (وان مات وله مال لم يفسخ وتؤدّى كتابته من ماله ويحكم بعتقه فى آخر حياته) وكذا يحكم بعتق أولاده وما بقى من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول ابن مسعود رضى الله عنه وبه أخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما ترك فهو لمولاه وبه أخذ الشافعى رحمه الله له أن العقد لو بقى ابقى لتحصيل

العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فبطل وهذا لانه لا يخلو اما أن يثبت العتق قبل الموت أو بعده مقتصرا أو مستندا لا وجه الى الاول لعدم شرطه وهو الاداء والشيء لا يسبق شرطه ولا الى الثاني لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لان العتق اثبات قوة المالكية وهو لا يتصور في الميت بخلاف ما اذا مات المولى لانه ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد ولان المولى يصلح أن يكون معتقا بعد الموت والعبد لا يصلح معتقا بعده ألا ترى أن المولى اذا قال أنت حر بعد موتي يصح ولو قال لعبده أنت حر بعد موتك لا يصح ولا الى الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر استناده لان الشيء يثبت ثم يستند ولان في اسناده الى حال حياته اثبات العتق قبل شرطه وهو الاداء فلا يجوز بخلاف ما اذا مات المولى فان العقد باق بعد موته فيعتق لكون الميت أهلا له على ما بينا آنفا ولنا أن الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فلا تنفسخ بموت الآخر وهو العبد كالبيع وهذا لان قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين فاذا جاز بقاء العقد بعد موت المولى لحاجته الى الولاء وغيره جاز أن يبقى بعد موت العبد لحاجته الى مقصوده وهو شرف الحرية بل أولى لان الذي استحقه المولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز العبد نفسه عن أداء البدل يبطل والذي استحقه المكاتب قبل المولى لازم حتى لو أراد أن يبطله ليس له ذلك ولان الموت أنفى للمالكية منه للمملوكية لان المملوكية عبارة عن العجز والمالكية عبارة عن القدرة والموت أنفى للقدرة منه للعجز فاذا بقي العقد مع أقوى المنافيين فمع أدناهما أولى ألا ترى أن مملوكية العبد باقية بعد موته لحاجته حتى وجب الكفن على مولاه فكذا هنا أيضا تبقى المملوكية لحاجته وهي أشرف بل أولى لما فيها من التعدي الى الاتباع كالاولاد وأمهاتهم أو نقول للمكاتب يثبت بالكتابة مالكية اليد في مكاسبه وبها يتمكن من أداء الكتابة فتبقى تلك المالكية بعد موته لان حاجته الى تحصيل الحرية لنفسه فوق حاجة المولى وما ذكر من الترديد قلنا انه يعتق بعد الموت عند البعض بأن يقدر حيا قابلا للعتق كما يقدر المولى حيا مالكا معتقا بعد موته ولهذا يقدر الميت حيا في حق ما يحتاج اليه من أمواله كتجهيزه وقضاء دينه وتنفيذ وصاياه وعند الجمهور أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته اما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه فيكون أداء خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل حسي والاسناد يكون في الاحكام الشرعية قلنا نعم لكن فعل النائب مضاف الى المنوب عنه وهذه الاضافة شرعية ألا ترى أن من رمى صيدا فمات قبل أن يصيبه ثم أصابه صار مالكا له حتى يورث عنه والميت ليس بأهل له ولكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة اليه وهو ليس بأهل له يثبت الملك من حين الارسال وهو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالملك في تلك الحالة حكمنا بعتقه في

(قوله ولو قال لعبده أنت حر بعد موتك لا يصح) أي وكذا لو أوصى أن يعتق عنه عبده بعد موته يصح ويكون المولى هو المعتق حتى يكون الولاء له اه دراية (قوله لان الشيء يثبت) أي أولا في الحال اه (قوله ثم يستند) ولا امكان لثبوت العتق في حال الممات لعدم المحلية فكيف يستند اه اتقاني (قوله ولنا أن الكتابة عقد معاوضة) أي بين العاقدين اه (قوله كالبيع) والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء الكتابة لان كل واحد منهما ثبت له حق بعقد الكتابة بعرض أن يصير حقيقة لان المولى ثبت له حق في البدل بعرض أن يصير ذلك الحق حقيقة عند القبض والمكاتب ثبت له حق العتق على وجه يصير ذلك حقيقة (١٧١) عند الأداء ثم قبض خلف المولى يجعل كقبض نفسه ويجعل المولى معتقا في آخر جزء من أجزاء حياته لحاجته فكذلك يجعل أداء خلف المكاتب كادائه ويجعل معتقا في آخر جزء من أجزاء حياته لحاجته بل هنا أولى لان الكتابة شرعت نظرا للمكاتب ورفقا حتى كانت الكتابة لازمة من جانب المولى بحيث لا يقدر على الفسخ وشرعت غير لازمة في حق المكاتب حتى يقدر على الفسخ بتعجيز نفسه فلما وجب ابقاء الكتابة لحاجة المولى فلأن يجب ابقاؤها لحاجة المكاتب أولى [illegible] أن الاجماع انعقد على جعل المولى معتقا بعد موته ولم تنفسخ الكتابة بموته فكان ذلك دليلا على جعل المكاتب معتقا بعد موته بالطريق الاولى لان الاعتاق فعل وكونه معتقا وصف وليس بفعل والموت ينافي الافعال ولا ينافي الصفات ولان من شرط كونه معتقا أن يكون مالكا ومن شرط كونه معتقا أن يكون [illegible] والموت أنفى للمالكية من المملوكية وأنفى لكونه معتقا من كونه معتقا ألا ترى أن الجمادات توصف بالمملوكية ولا توصف بالمالكية فاذا جعل المولى معتقا بعد الموت كان جعل المكاتب معتقا بالطريق الاولى اه غاية (قوله قبل) أي قبل المكاتب اه (قوله ليس له ذلك) فاذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب وانه لازم أولى أن لا يبطل اه دراية (قوله أو نقول للمكاتب) متعلق بالفعل الذي يليه اه (قوله لان سبب الاداء) أي وهو عقد الكتابة اه كاكي (قوله والاسناد) انما اه كاكي (قوله قلنا) أي الرامي اه (قوله ثم أصابه) أي ثم أصاب السهم الصيد اه

(قوله مقام التخلية بين المال وبين المولى) فان قيل لو قذفه قاذف بعد أداء بدل الكتابة في حياته يحد قاذفه ولو حكم بحريته في آخر حياته ينبغي أن يحد قاذفه والحال أنه لا يحد قاذفه قلنا ثبتت الحرية في آخر حياته لضرورة حاجته اليها والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فلا يظهر في حق احصانه فلا يحد قاذفه مع أن الحدود تندرأ بالشبهات والحرية ههنا تثبت مع الشبهة وما ثبت بالاستناد ثبت من وجه اه كاكى (قوله وفي الكافي لو كاتب أمته الخ) وضع في خيار المولى اذ في خيار الامة موتها بمنزلة قبول الكتابة لان الخيار لا يورث من الحر فكيف من المكاتبة لكنها كما أشرفت على الموت وعجزت عن التصرف بحكم الخيار سقط خيارها من الحقائق اه ابن فرشتا (قوله لانه تكاتب عليه) أى تبعا اه هداية (١٧٣) (قوله ينبغي أن يدخل في كتابته) أى على حكم أبيه اه (قوله حكم بعتقه في آخر

آخر جزء من أجزاء حياته وإما بأن يقام الترك الموجود منه في آخر جزء من أجزاء حياته مقام التخلية بين المال وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه قال رحمه الله (وان ترك ولدا ولد في كتابته لا وفاء سعى كأبيه على نجومها واذا أدى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته) لان الولد دخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار أداؤه كأداء أبيه فيجعل كأنه ترك وفاء مع الولد وفي الكافي لو كاتب أمته على أنه بالخيار ثلاثا فولدت في مدة الخيار وماتت وبقي الولد بقي خياره وعقد الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وله أن يجيزها واذا أجاز يبقى الولد على نجوم أمه واذا أدى عتقت الام في آخر جزء من أجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان وعند محمد رحمه الله تبطل الكتابة ولا تصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم مقام الوالد في الكتابة اذا كان ولد المكاتب وأمه لم تصر مكاتبة بعد ولهما أن في ابقاء العقد فائدة بأن يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها وينفذ العقد في حق الام بنفاذه في حق الولد ثم يستند الى وقت الانعقاد قال رحمه الله (ولو ترك ولدا مشترى عجل البدل حالا أورد رقيقا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤديه على نجومه لانه تكاتب عليه فيسعى على نجومه كالولد المولود في الكتابة لانه صار بمنزلته حتى جاز للمولى اعتاقه كما يجوز اعتاق المكاتب نفسه بخلاف سائر أكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه ولابي حنيفة رحمه الله أن الاجل يثبت بالشرط في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا عنه وقت الكتابة وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل وأعطى من ساعته صار كأنه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود في الكتابة لانه ماؤه بعد المكاتبة فيدخل في حكمه ويسعى على نجومه فعلى هذا لو اشترى ابنه المولود بعد الكتابة من امرأة له أمة ينبغي أن يدخل في كتابته لانه من مائه بعد الكتابة قال رحمه الله (وان اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته فيتبعه ولده في ذلك الوقت فيكونان حرين فيظهر أنه مات حرا عن ابن حر قال رحمه الله (وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) يعني يرثه لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق أحدهما في وقت حكم بعتق الآخر في ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد على ما بيناه فيصير حرا مات عن ابن حر ولو مات المكاتب وترك ثلاثة أولاد حرا ومولودا في الكتابة ومكاتبا معه بعقد واحد وصيا يرثه أولاده لما ذكرنا ويملك الوصي بيع العروض دون العقار والدراهم والدنانير لان بيع العروض من الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير ولو مات الحر قبل أداء الكتابة لا يرثانه لان ارثه ليس من حقوق كتابة أبيه فلا يظهر الاستناد في حقه قال رحمه الله (ولو ترك ولدا من حرة ودينا فيه وفاء بكتابته فجنى الولد فقضى به على

عاقلة

جزء من أجزاء حياته) أى بطريق الاستناد لان الميت ليس بمحل للاعتاق اه اتقانى (قوله في المتن كتابة واحدة) قيد به لانهما لو كانا مكاتبين كل واحد بعقد على حدة لا يرثه ابنه كذا ذكره المحبوبى لانه لما كان مقصودا بالكتابة فانما يعتق من وقت أداء البدل مقصورا عليه لان الاسناد للضرورة ولا ضرورة في حقه ههنا فكان عبدا عند موت أبيه فلا يرثه اه كاكى (قوله في المتن ولو ترك ولدا من حرة الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا مات المكاتب وله ديون على الناس وترك ولدا حرا فهو مولى لموالى الام ما لم يخرج الدين فتؤدى المكاتبة فاذا أديت رجع ولاء الولد الى موالى الاب ولم يرجع الى موالى الام بما عقلوا عنه بعد موته فان مات الولد بعد موته قبل خروج الدين فاختصم موالى الاب وموالى الام في ميراثه فقضى به لموالى الام بطلت الكتابة فان خرج الدين كان ميراثا للمولى عن عبده الى هنا لفظ الحاكم والفرق بين الفصلين أن في المسئلة الاولى قرر القاضي حكم الكتابة حيث قضى بالعقل على عاقلة الام لان حكم بقاء الكتابة أن يكون الولاء لموالى الام لانه تعذر اثباته من موالى الاب لانه لم يعتق بعد والقضاء بتقرير حكم الكتابة لا يكون قضاء بفسخها ولكن الحاق الولاء بموالى الام لا بسبيل الاستقرار بل على احتمال أن يعتق الاب فيجر الولاء الى مواليه فاذا خرج الدين وأديت الكتابة انتقل الولاء الى موالى الاب لانه عتق ولم يرجع موالى الام بما عقلوا على موالى الاب لان الولاء انتقل اليهم بعد الموت لا قبله وأما اذا مات الابن بعد موت المكاتب فاختصم موالى الاب وموالى الام في ميراثه فقضى القاضي بالولاء لموالى الام كان ذلك قضاء بفسخ الكتابة لان خصومتهم وقعت في بقاء الكتابة وانتقاضها ولا يستقر الولاء لاحد المولين الا بناء على ذلك ان بقيت وأديت الكتابة وعتق الاب كان الولاء لمواليه وان انتقضت كان لموالى الام فموالى الام يقولون انتقضت حيث

عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وان اختصم موالى الام وموالى الاب فى ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز) والفرق أن القضاء بموجب الجناية على العاقلة يقرر حكم الكتابة لان من قضية قيام الكتابة أن يكون موجب جنايته على موالى الام لان المكاتب وان ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه الا عند أداء بدل الكتابة فكانت جنايته عليهم فاذا قضى بها القاضى عليهم كان القضاء تقريرا للكتابة فتبقى الكتابة على حالها فاذا أدى بعد ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر للابن ولاء فى جانب الاب فيجر اليه ولاؤه لان الولاء كالنسب والنسب لا يثبت من قوم الام الا عند تعذر اثباته من قوم الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه بان أكذب الملاعن نفسه يعود النسب اليه فكذا الولاء وأما اذا كانت الخصومة فى نفس الولاء فان القاضى يقضى بكون الولاء لموالى الام اذا الخصومة وقعت فى الولاء ومن ضرورته القضاء بفسخ الكتابة لان الولاء لا يكون من جانب الام الا اذا تعذر اثباته من جانب الاب وانما يتعذر اثباته بفسخ الكتابة اذ لو كانت باقية يمكن أن يثبت من جانبه بالأداء وفرق آخر أن القضاء بموجب الجناية على موالى الام لا يلزم منه القضاء بفسخ الكتابة لانه قد يقضى بموجب الجناية على غير من وجب عليه كالكفيل والقضاء بالولاء لموالى الام يتضمن القضاء بفسخ الكتابة اذ لا يمكن أن يجتمع عليه الولا آن اذ لو لم يكن فسخا لها يلزم الحكم بحريته اذا أدى بدل الكتابة فاذا صار حرا فى آخر حياته انتقل ولاء الولد اليه وانتقض القضاء وهو يجب صيانته عن النقض فلا يفسخ اذا صادف محلا مجتهدا فيه والحكم بالارث من الولد لموالى الام كالحكم بالولاء لهم حتى تنفسخ به الكتابة ولا يجوز نقضه وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء فاديت الكتابة أو عن ولد فأداها وأما اذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لا تقبل منه وقال أبو الليث رحمه الله لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه فى آخر حياته قال رحمه الله (وما أدى المكاتب من الصدقات عجز طاب لسيده) لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين آخر واليه أشار النبى صلى الله عليه وسلم بقوله فى حديث بريرة هو لها صدقة ولنا هدية قال ذلك حين أهدت اليه وكانت مكاتبة وصار كالفقير يموت عن صدقة أخذها يطيب ذلك لوارثه الغنى لما ذكرنا وكذا اذا استغنى الفقير يطيب له ما أخذه من الزكاة حالة فقره وكذا ابن السبيل اذا أخذ الصدقة ثم وصل الى ماله وفى يده الصدقة تحل له لان الحرام على الغنى ابتداء الاخذ لما فيه من الذل فلا يرخص له من غير ضرورة فاذا أخذ فى حالة الفقر فبعد ذلك ليس فيه الا الاستدامة فيطيب له ولو أباح الفقير للغنى أو الهاشمى عين ما أخذ من الزكاة لا يحل لان الملك لم يتبدل ونظيره المشترى اذا اشترى شراء فاسدا لا يطيب بالاباحة ولو ملكه يطيب ولو عجز المكاتب قبل الاداء الى المولى يطيب للمولى عند محمد رحمه الله بلا اشكال لان المكاتب عنده اذا عجز ملك المولى ما فى يده ملكا مبتدأ حتى تنتقض اجارته وعند أبى يوسف لا يطيب لانه اذا عجز يملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ وانما كان له فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له فيه ملك ولهذا لا تنتقض اجارة المكاتب عنده بالعجز كما فى العبد المأذون له اذا حجر عليه والصحيح أنه يطيب بالاجماع لما ذكرنا أن الحرام هو ابتداء الاخذ وانما

اعتقدوا أن المكاتب مات عبدا وهو مذهب بعض الصحابة اذا مات المكاتب عن وفاء وموالى الاب يقولون بقيت حيث اعتقدوا أن المكاتب مات حرا كما هو مذهب بعض الصحابة وانتقل الولاء الينا بحريته ثم اذا قضى القاضى بالولاء لموالى الام وقع ذلك فى فصل مجتهد فيه فنفذ فكان القضاء تعجيزا ثم اذا خرج الدين كان للمولى لانه كسب عبده اهـ اتقانى (قوله وموالى الاب فى ولائه) أى فى ارثه بعد موته اهـ (قوله هو لها صدقة) والمعنى فى ذلك أن الخبث باعتبار أنه من أوساخ الناس (١٧٣) لا لعين المال فكان الخبث فى الجهة فلم يبق معنى الوسخ بتبدل السبب لان المولى يتناوله بجهة غير الجهة التى تناوله المكاتب لان المولى يأخذه على أنه بدل الكتابة لا على أنه صدقة اهـ اتقانى (قوله وكانت مكاتبة) كذا هو فى عبارة النهاية اهـ وكتب ما نصه فيه نظر بل كانت حرة حينئذ اهـ من خط قارئ الهداية وكتب أيضا ما نصه قال الكاكى والحل بعد التبدل وقعت الاشارة النبوية اليه فى حديث بريرة مع أن بريرة كانت مكاتبة اهـ (قوله لان الملك لم يتبدل) قال الاتقانى لان المباح له يتناوله على ملك المبيح اهـ (قوله ونظيره المشترى اذا اشترى شراء فاسدا) أى اذا أباحه للغير اهـ (قوله لا يطيب بالاباحة) قال الاتقانى ونظيره ما ذكر فى كتاب المأذون فى رجل اشترى طعاما كولا بيعا فاسدا أنه لا يحل تناوله وان أباحه لغيره لم يحل للمباح له أيضا فان باعه بيعا صحيحا أو وهبه يحل للثانى لتبدل الملك فكذا هذا قياسا على تلك المسئلة وان لم يذكر فى المبسوط فبالعجز لم يبطل الاداء السابق فلم يبطل ما تعلق به أيضا فحل للمولى تناوله هذا اذا عجز بعد الاداء فان عجز قبل الاداء وفى يده صدقات من الزكاة يحل تناوله للمولى اذا كان غنيا أو هاشميا لم يذكر حكمه فى الجامع الصغير وذكر فى آخر ضمان المكاتب من كتاب المكاتب أنه يحل فى الوجهين جميعا اهـ غاية (قوله حتى تنتقض اجارته) أى لو آجر شيئا من أكسابه ثم عجز اهـ وكتب ما نصه قال الاتقانى ولذلك أوجب نقض الاجارة اذا آجر المكاتب أمته مظائرا ثم عجز فصار كما اذا أدى ثم عجز اهـ اتقانى

للحاجة وحرم على الغني لانه لاحاجة له فيه وكذا على الهاشمي صيانة لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم عن أوساخ الناس ولم يوجد من المولى الا الاخذ فصار كابن السبيل وصل الى ماله أو فقير استغنى وفي يده ما أخذه من الصدقة فانه يطيب له على ما ذكرنا فكذا هذا قال رحمه الله (وان جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بها) أي بالجناية (فعجز دفع أو فدى) يعني المولى بالخيار ان شاء دفع العبد بالجناية وان شاء فداه بالارش لانه لما كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالمكاتبة من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله من غير أن يصير مختارا فيجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش كما اذا أعتقه أو دبره أو استولد الجارية أو باعه بعد ما جنى من غير علم بالجناية الا أن المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولي الجناية من العبد الى القيمة فاذا عجز زال المانع فيخير بين الدفع والفداء على القاعدة قال رحمه الله (وكذا ان جنى مكاتب ولم يقض به فعجز) يعني حكمه كالاول لانه لما عجز صار قنا وجناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف في موضعه وقبل أن يعجز يجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب ألا ترى أن جناية المدبر وأم الولد توجب على المولى الاقل من قيمته ومن الارش لما أنه أحق بكسبهما قال رحمه الله (فان قضى به عليه في كتابته فعجز فهو دين بيع فيه) أي ان قضى بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته وهو الاقل من قيمته ومن الارش فهو دين عليه يباع فيه لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله يجب عليه قيمته ولا يباع وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا لان المانع من الدفع موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب أن يكون موجبه القيمة ولا يتغير كجناية المدبر وأم الولد ولنا أن الاصل في جناية العبد الدفع وانما يصار الى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء أو بالصلح عن الرضا أو بالموت عن الوفاء وهو نظير المغصوب اذا أبق لا تجب عليه القيمة الا بالقضاء حتى اذا رجع قبل القضاء يكون لمولاه وان رجع بعد القضاء يكون للغاصب وكذا المبيع اذا أبق قبل القبض لا يبطل البيع الا بالقضاء وكذا اذا قتل لان القيمة تقوم مقامه ولهذا يبقى البيع اذا رضي المشتري بقيمته بخلاف المدبر وأم الولد لانهما لا يقبلان الفسخ قال رحمه الله (وان مات السيد لم تنفسخ الكتابة) لانها حق العبد فلا يبطل بموت السيد كالتدبير وأمومية الولد والدين وكالاجل فيه اذا مات الطالب قال رحمه الله (ويؤدي المال الى ورثته على نجومه) لان النجوم حقه لانه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل في الدين بخلاف ما اذا مات المطلوب حيث يبطل الاجل لان ذمته قد خربت وانتقل الدين الى التركة وهي عين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله الا من الثلث وقد ذكرناه والاختلاف فيه من قبل قال رحمه الله (وان حرروه عتق) أي لو أعتقه جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لانهم لم يملكوه لان المكاتب لا يقبل النقل بسائر الاسباب فكذا بالارث ولهذا لا يكون للاناث منهم الولاء فيه ولو ملكوه لكان لهم وجه الاستحسان أن هذا يجعل ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابراء اقتضاء أو اقرارا بالاستيفاء منه فتبرأ ذمته لانه لم يبق عليه دين فيعتق لبراءة ذمته كما اذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط أن يعتقوه في مجلس واحد حتى لو أعتقه بعضهم في مجلس وأعتقه الآخرون في مجلس آخر لم يعتق وقيل يعتق اذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الاول قال رحمه الله (وان حرره بعض لم ينفذ عتقه) أي لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شيء لانه لا يملكه ولا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولا يمكن أن يجعل ابراء ولا اقرارا بالاستيفاء لان ابراء البعض أو استيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته فيبطل المقتضي وهو الاعتاق ولا يبرأ من الدين أيضا لان البراءة لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل المقتضي للابراء بطل المقتضى أيضا لانه لم يثبت الا به وبطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى بخلاف اعتاق الجميع لانه أمكن أن

(قوله من غير علم) أي كما لو باعه وهو لا يعلم بجنايته اه كاكي (قوله وكذا اذا قتل) أي المبيع قبل القبض واختار المشتري امضاء البيع اه

يجعل

ايراد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب ظاهر التناسب لما أن الولاء من آثار التكاتب أيضا اهـ اتقانى (قوله الا أنه اختص الخ) قال الاتقانى وفى الشريعة يراد به القرابة الحاصلة بسبب العتق أو بسبب الموالاة اهـ (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق) رواه البخارى فى الصحيح باسناده الى عائشة فى كتاب المكاتب وفى كتاب الزكاة عن النبى صلى الله عليه وسلم ولان التناصر يحصل بالاعتاق ولهذا يعقل عن المعتق مولاه لان عاقلة الرجل أهل نصرته ولهذا لو كان قوم يتناصرون (١٧٥) بالحرفة كان عاقلتهم أهل الحرفة ومن لا قرابة له ينتصر بولائه وبعصبة مولاه فيكون موالية مولاه وعصبته الاقرب فالاقرب ولان الاعتاق احياء معنوى لانه ازالة الرق الذى هو جزاء الكفر الاصلى والكفر موت معنى فكان فى الاعتاق ازالة الكفر الذى هو الموت المعنوى فيكون الاعتاق احياء معنويا والنسب احياء حقيقى لان من لا نسب له كولد الزنا لا يبقى حيا غالبا لعدم من يربيه اذ لا أب له ينسب اليه وليس للام قوة التربية لضعف بنيتها فكان النسب احياء حقيقيا ثم بالنسب الذى هو الاحياء الحقيقى كالولاد مثلا يثبت استحقاق أصل الارث فجاز أن يثبت بالاحياء المعنوى الذى هو الاعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب الا أن الارث انما يثبت للاعلى دون الاسفل لقوله عليه الصلاة والسلام انما الولاء لمن أعتق اهـ اتقانى وكتب ما نصه قال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى وأكثر أصحابنا يقولون سبب هذا الولاء الاعتاق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق ههنا والاصح أن سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاق ولا يقال ولاء الاعتاق اهـ اتقانى قوله على ملكه أى بأى سبب كان اهـ (قوله وأنعمت عليه بالاعتاق) أى وهو زيد وكان عبد الخديجة رضى الله عنها فوهبته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتقه اهـ اتقانى (قوله ولو أعتق فى دار الحرب وخلاه) أما اذا لم يخله بأن قال له وهو آخذ بيده أنت حر فانه لا يعتق عند أبى حنيفة خلافا لهما حتى لو أسلم الحربى والعبد عنده فهو ملكه عند أبى حنيفة كما مر فى كتاب السير فى باب الاستيلاء اهـ

يجعل عبارة عما يحصل به العتق وهو الابراء عن جميع البدل أو الاقرار بالاستيفاء الكل ألا ترى أنهم لو أبرؤه جميعا أو أقروا بالاستيفاء عتق ولو أبرأه بعضهم أو أقر باستيفاء نصيبه لا يعتق وكذا لو قبض نصيب الكل بغير أمرهم لا يعتق الا اذا أجازوا قبضه أو قبضه بامرهم لانه اذا قبضه بغير أمرهم لم يبرأ عن نصيب غير القابض ولهذا كان لهم أن يطالبوا المكاتب به ولو كان للولى وصى وعليه دين مستغرق أو لم يكن مستغرقا لا يعتق بقبض الورثة لانهم لا يملكون القبض ويعتق بقبض الوصى سواء كان عليه دين أو لم يكن ويعتق بقبض الغرماء ولو أوصى بمال الكتابة لرجل فسلمه المكاتب اليه عتق لانه أوصل الحق الى مستحقه والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الولاء﴾

هو من الولى بمعنى القرب فهى قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة هذا فى اللغة يقال ولى الشئ الشئ اذا حصل الثانى بعد الاول من غير فصل ومنه قوله عليه الصلاة والسلام ليلنى منكم أولو الاحلام والنهى وقال فى النهاية سمى ولاء العتاقة والموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل أو من الموالاة وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا أنه اختص فى الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة وهو فى الشرع عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة ومن آثار التناصر الارث والعقل وسبب هذا الولاء الاعتاق عند الجمهور لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق والاصح أن سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث لا ينافى أن يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب قال رحمه الله (الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب) لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل ولان الرقيق هالك حكما ألا ترى أنه لا يثبت فى حقه كثير من الاحكام التى تختص بالاحياء نحو القضاء والشهادة والملك فى الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق احياء له لثبوت أحكام الاحياء به كالاحياء بالايلاد فيرثه به كما يرث الاب من ولده ولهذا سمى ولى نعمة لانه أنعم عليه حيث أحياه حكما قال الله تعالى واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أى أنعم الله عليه بالهدى وأنعمت عليه بالاعتاق ولانه يعقل عنه فوجب أن يرثه لان الغنم بالغرم والمرأة فى هذا كالرجل لاطلاق ما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام ليس للنساء من الولاء شئ الا ما أعتقن الحديث وروى أن ابنة حمزة أعتقت عبدا لها فمات عن بنت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته ونصفه الآخر لبنت حمزة ولانها أحيته حكما فترثه كالرجل ولو أعتق فى دار الحرب وخلاه لا ولاء له عليه حتى اذا خرجا الينا مسلمين لا يرثه وعند أبى يوسف رحمه الله يثبت له الولاء ويرثه ذكره فى الكافى ولو أدى المكاتب

بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور لما ذكرنا أنه لا يملك بالارث وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وأعتقه الوصى بعد موته لانتقال فعل الوصى اليه وكذا يعتق مدبروه وأمهات أولاده بعد موته ويكون ولاؤهم له قال رحمه الله (وشرط السائبة لغو) أى لو أعتق المولى عبده وشرط أن لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما فى النسب اذا شرط أنه لا يرثه قال رحمه الله (ولو أعتق حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن مولى الام أبدا) لان الجنين عتق بعتق أمه وعتقت أمه مقصودا فكذا هو يعتق مقصودا لانه جزء الام والمولى أوقع الاعتاق على جميع أجزائها مقصودا فيكون للجنين والولاء لا ينتقل من المعتق لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لاقل من ستة أشهر من وقت العتق لتيقننا وقت العتق وكذا اذا ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والاخر لاكثر منه وبينهما أقل من ستة أشهر لانا تيقنا أن الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا أنهما توأمان حملت بهما جملة لعدم تخلل أقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول الاول الاعتاق تناول الآخر الاعتاق أيضا ضرورة فصار معتقا لهما والولاء لا ينتقل من المعتق قال رحمه الله (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الام) لان الولد جزؤها فيتبعها فى الصفات الشرعية ألا ترى أنه يتبعها فى الحرية والرق فكذا فى الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه قال رحمه الله (فان عتق العبد) وهو الاب (جر ولاء ابنه الى مواليه) لان مولى الام لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما نسب اليه الولد تبعا للام لتعذر نسبته الى الاب فاذا اعتق الاب أمكن نسبته اليه فجعله تبعا له أولى من جعله تبعا للام لان الولاء كالنسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب الى الآباء فكذا الولاء فينتقل الى موالى الاب اذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا أكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبة العلوق الى ما قبل العتق بل قبل الفراق ولهذا ثبت نسبه من الزوج فصادفه الاعتاق ضرورة فلا ينتقل الى مولى الاب والاصل فى جر الولاء ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا أعتق أبوه جر الولاء وما روى أن الزبير أبصر فتية لعسا بخيبر فأعجبه ظرفهم وأمهم مولاة لرافع بن خديج وأبوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ثم قال انتسبوا الى وقال رافع بل هم موالى فاختصما الى عثمان رضى الله عنه فقضى بالولاء للزبير وفى هذا دليل على أن الولد ينسب الى قوم الام ما لم يظهر له ولاء من قبل أبيه فاذا ظهر له ولاء بالعتق جر ولاء الولد اليه وفى الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فألحقوا بموالى الام ضرورة كما فى ولد الملاعنة وان أعتق الاب بعد ذلك جر ولاء الأولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق أن النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب اذ لا يتصور أن يكون الانسان ولد الشخص فى وقت ثم يتحول بعد ذلك الى غيره فيكون ولد الغيره وبالاكذاب يتبين ذلك ويتبين أن عقله كان على قوم أبيه وقد أجبر قوم الام

(قوله فيكون لعصبته الذكور) أى بطريق الخلافة لا بطريق الارث كما يأتى فى أواخر هذا الفصل اه (قوله فى المتن وشرط السائبة لغو) قال الخرقى من أصحاب أحمد بن حنبل فى مختصره ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء عليها اه اتقانى (قوله فى المتن بعد عتقها) ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى المتون اه (١٧٦) (قوله الولاء لحمة كلحمة النسب) لا يباع ولا يورث ولا يوهب ذكره محمد بن الحسن هكذا فى الاصل عن عبد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفسر فى الجمهرة وديوان الأدب اللحمة بالقرابة وقال فى المغرب أى تشابك ووصلة كوصلة النسب اه اتقانى (قوله والاصل فى جر الولاء ما روى عن عمر الخ) هذا الاثر الذى عن عمر ذكره الاتقانى فقال لما روى محمد بن الحسن فى الاصل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا أعتق أبوهم جر الولاء اه (قوله اذا كانت الحرة تحت مملوك) كتب قارئ الهداية فى نسخته على الهامش بازاء قوله الحرة الامة وكتب فوقها ظاء وفيه اشارة الى أن الصواب أن يقال اذا كانت الامة تحت مملوك ولفظ عمر كما رواه محمد بن الحسن فى الاصل الحرة كما نقلته فى القولة التى قبل هذه نقلا عن الاتقانى رحمه الله ولعل منشأ توهم أن يكون الصواب أن يقال الامة من قوله بعد عتق بعتقها فانه يوهم أن الام حدث فيها عتق لكنا نقول ليس المراد ذلك وانما المراد أن حرية الولد تابعة لحرية الام فاذا كانت الام حرة كان ولدها كذلك تبعا لها والله الموفق اه وكتب على قوله الحرة وفى خط الشارح الحرة اه (قوله وما روى أن الزبير أبصر) أى (١) بحنين اه اتقانى (قوله وأبوهم عبد لبعض الحرقة) بضم الحاء المهملة وفتح الراء وبالقاف لقب لبطن من جهينة اه من خط الشارح

(١) قوله بحنين هكذا فى أصل الحاشية والذى فى الشارح بخيبر وليحرر اه مصححه

على الاداء فيرجعون عليهم به وفي الولاء حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه وهو العتق مقتصر عليه فلا يرجعون به قال رحمه الله (عجمي تزوج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وان كان له ولاء الموالاة) أي وان كان للاب ولاء المعاقدة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله حكم الولد حكم أبيه في الوجهين أي فيما اذا والى أحدا أو لم يوال ولا يكون ولاء الولد لموالي الام لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام أشرف لكونه أقوى فكذا الولاء وهذا لان الاب حر له عشيرة وموال فكيف ينسب الى أمه بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك فينسب الى قوم أمه حتى يعتق للتعذر فصار كمن لا أب له وكما اذا تزوج عجمي بعربية فولدت له ولدا فانه ينسب الى قوم أبيه دون قوم أمه فكذا اذا كانت معتقة اذ لا فرق بين كونها عربية أو معتقة وكعربي تزوج معتقة فان ولده منها ينسب الى قومه دونها فكذا العجمي لانه كالعربي في حرية الاصل ولهما أن ولاء العتاقة معتبر لقوته في نفسه حتى اعتبرت الكفاءة فيه وقال عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم والنسب في حق العجم ضعيف لانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لا تعتبر الكفاءة فيه فيما بينهم اذ لا يفتخرون به أصلا وانما افتخارهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعده بالدين واليه أشار سيدنا سلمان الفارسي رضي الله عنه حين قيل له سلمان ابن من قال سلمان ابن الاسلام فاذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان وجوده كعدمه كالعبد وكذا ان كان للاب مولى موالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه وكذا حريتهم ضعيفة ألا ترى انها تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف العربي فان له نسبا معتبرا وحريته ثابتة فامتنع به نسبة الولد الى معتق الام وبخلاف ما اذا تزوج العجمي عربية لان أولاده منها لو نسبوا الى قوم أمهم لنسبوا اليهم بالنسب والنسب بالنسبة الى الام ضعيف غير معتبر ألا ترى أنهم لا ينسبون اليهم ولا عصوبة بينهم وأولاد المعتقة ينسبون الى قوم أمهم وهم عصبتهم ثم القدوري رحمه الله وضع الخلاف في معتقة العرب ووضعه هنا في مطلق المعتقة وهو الصواب وما ذكره القدوري اتفاق لان ولاء العتاقة قوي معتبر شرعا فلا يختلف بين أن يكون المعتق من العرب أو من غيرهم فيجب في الجميع نسبة أولاد المعتقة الى المعتق ما لم يكن أبوهم عربيا على ما قالوا وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة أو غيرها من ذوي الارحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله يكون لذوي الارحام لان حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء كما اذا كان الاب عربيا وأجمعوا على أنهما لو كانا معتقين أو كان الاب معتقا والام مولى موالاة أو كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد تبعا للاب وكذا اذا كانا عربيين أو عجميين أو كان أحدهما عجميا والآخر عربيا قال رحمه الله (والمعتق مقدم على ذوي الارحام مؤخر عن العصبة النسبية) وكذا هو مقدم على الرد على ذوي السهام وهو آخر العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه أخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول انه مؤخر عن ذوي الارحام لقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وقال عليه الصلاة والسلام للمعتق في معتقه وان مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته شرط لارثه أن لا يدع وارثا وذوو الارحام من جملة الورثة وكذا الرد على ذوي الفروض يستحق بطريق الارث فوجب تأخيره عن الكل وكذا قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب يدل على ذلك لانه شبهه به وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يتقدم عليه بل يخلفه عند عدمه ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة أنه عليه الصلاة والسلام جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها حين مات عنها وعن بنت فهذا هو التعصيب حقيقة فعلم بذلك أن المراد بقوله عليه الصلاة والسلام

(قوله فيرجعون عليهم به) يعني أن قوم الام كانوا مجبورين على أداء العقل لا متبرعين لانهم أجبروا على الاداء لانهم كانوا عاقلة حينئذ ظاهرا فاذا ثبت النسب من الاب بالاكذاب ثبت من زمان العلوق فظهر أن قوم الام قضوا دينا على غيرهم بحكم القاضي فيرجعون بذلك على عاقلة الاب اهـ اتقاني

﴿فروع﴾ ثم اعلم أن الجد هل يجر الولاء أم لا قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي قال الشعبي اذا أعتق الجد جر الولاء وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء ولا يكون مسلما باسلام الجد كذا في الكافي بيانه أن معتقة لقوم تزوجها عبد وحصل له منها ولد فولاء الولد يكون لموالي أمه بلا خلاف فاذا أعتق الاب انجر ولاؤه الى موالي أبيه فان لم يعتق الاب ولكنه أعتق الجد لم يجر الولاء الى مواليه وقال الامام سراج الدين في شرحه لفرائضه الموسوم بالسراجي قال شريح وسفيان ومالك وأهل المدينة ان الجد يجر ولاء ولد الابن من موالي أمه الى موالي نفسه وبه قال الاوزاعي وابن أبي ليلى وابن المبارك وقال زفر ان كان الاب حيا فالجد لا يجر الولاء وان كان ميتا يجر الولاء وقال في الاسرار وشرح الاقطع قال الشافعي الجد يجر الولاء لهم أن الولاء لحمة كلحمة النسب فيثبت من الجد لانه أصل في باب النسب ولنا أن الولاء فرع النسب وتابع له فلا يثبت النسب من الجد دون ثبوته من الاب ولهذا اذا ادعى الجد وفي الاب لم يلتفت الى دعوته وبدعوة الاب يثبت النسب منه ومن الجد تبعا اهـ اتقاني

(قوله لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة) ألا ترى ان مولى العتاقة مقدم على ذوي الارحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوي الارحام اهـ

ولم يدع وارثا وارثه هو عصبة ولفظة العصبة فى قوله عليه الصلاة والسلام كنت أنت عصبته تدل عليه لان العصبة هو الذى يأخذ ما أبقته الفرائض وعند الانفراد يحوز جميع المال وولاء العتاقة تعصيب وهو لا يرث مع العصبة النسبية فكان مؤخرا فلا يرد علينا ما ذكر من الايراد من حيث المزاحمة للوارث على أنا لا نسلم أن التشبيه يوجب التأخير أو التقديم بل يثبت المماثلة بينهما ليس إلا فكان الاقرب أن يشاركه فى الارث لان المماثلة توجبه والا فليس بمثل له لكن أخرناه عن العصبة النسبية عملا بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فجعلناه مثله عند عدمه فيتقدم على من تقدم عليه العصبة ويتأخر عمن تأخر عنه العصبة قال رحمه الله (فان مات المولى ثم المعتق فميراثه لاقرب عصبة المولى وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ليس للنساء من الولاء شئ الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن او كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن ولان ثبوت صفة المالكية والقوة للعتق حصل من جهتها فكانت محيية له فينسب المعتق بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها الذى أعتقه وينسب اليها من ينسب الى معتق معتقها الى ما لا يتناهى بخلاف النسب حيث لا ينسب اليها الاولاد وانما تنسب الى الاب لانه المالك وصاحب الفراش والمرأة مملوكة نكاحا فلا تكون مالكة والنسب فى النكاح بالفراش والملك وهى لا تساوى الرجل فيه وفى ولاء العتاقة ليس لنا الا النسبة بسبب اثبات القوة الحكمية للمعتق وهى تساوى الرجل فيه لما أنها تساويه فى ملك المال فينسب اليها كما ينسب الى الرجل ولهذا جعلت عصبة فيه كالرجل ثم أثبت هنا الولاء للنساء فيما أعتقن لما ذكرنا من المنقول والمعقول ونفاه عنهن فيمن أعتقه غيرهن حتى لا يرثن الولاء ممن أعتقه مورثهن لان الولاء لا يجرى فيه الارث وانما يثبت للعصبة بطريق الخلافة والخلافة انما تتحقق فيمن تتحقق منه النصرة والنصرة تتحقق من الذكور دون الاناث ألا ترى أن النساء لا يدخلن فى العاقلة ليتحملن الدية كما يتحمل الرجال لعدم النصرة منهن فاذا كان ثبوته بطريق الخلافة يقدم الاقرب فالاقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالارث حتى لو ترك أبا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك جد مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لانه أقرب فى العصوبة وفى الاول خلاف أبى يوسف رحمه الله فانه يعطى للاب السدس والباقى للابن وفى الثانى خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد والمسئلة معروفة وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها لانه من قوم أبيها وجناية معتقها كجنايتها فتكون عليهم وروى أن على بن أبى طالب والزبير بن العوام رضى الله عنهما اختصما الى عثمان رضى الله عنه فى معتق صفية بنت عبد المطلب حين مات فقال على هو مولى عمتى فأنا أحق بارثه لانى أعقل عنها وعنه وقال الزبير هو مولى أمى فأنا أرثها فكذا ارث معتقها فقضى عثمان رضى الله عنه بالولاء للزبير وبالعقل على على رضى الله عنه ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عمر وعلى وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبر أى لاكبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا ولو مات المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شئ لبنت المعتق فى ظاهر رواية أصحابنا ويوضع ماله فى بيت المال وبعض مشايخنا كانوا يفتون بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها أقرب الناس الى الميت فكانت أولى من بيت المال ألا ترى أنها لو كانت ذكرا كانت تستحقه وليس فى زماننا بيت مال ولو دفع الى السلطان أو الى القاضى لا يصرفه الى المستحق ظاهرا وعلى هذا ما فضل عن فرض أحد الزوجين يرد عليه لانه أقرب الناس اليه ولا يوضع فى بيت المال وكذا الابن والبنت من الرضاع يصرف اليهما اذا لم يكن هناك أقرب منهما ذكر هذه المسائل فى النهاية والذميون يتوارثون بالولاء كالمسلمين لانه أحد أسباب الارث والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على يد غيره ووالاه

(قوله ولان ثبوت صفة المالكية الخ) هذا دليل عقلى على أن ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن بيانه أن بالعتق تحصل القوة والمالكية فى العبد من جهة معتقه فاذا كان المعتق هى المرأة ينسب من أعتقته المرأة ومن أعتقه من أعتقته المرأة اليها بالولاء حيث يقال معتق فلانة ومعتق معتق فلانة فاذا ثبت نسبتهما الى المرأة بالولاء ورثتهما اه اتقانى (قوله كان الولاء للابن) ولا شئ للاب عند أبى حنيفة ومحمد لان الابن أقرب العصبات والولاء بالعصوبة ولا تظهر عصوبة الاب مع الابن اه اتقانى (قوله كان الولاء للجد) أى عند أبى حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات مع الجد وعندهما بينهما نصفين لان الجد يقاسم الاخوة كأحدهم اه اتقانى (فرع) قال فى شرح الطحاوى ولو مات وترك خمسة بنى ابن المعتق وابن ابن المعتق من آخر فالميراث أسداسا لانهم يرثون بالعصوبة وعصوبتهم بالسوية اه اتقانى

(قوله فصل فى ولاء الموالاة) قال الاتقانى أخر ذكر ولاء الموالاة عن ذكر ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة أقوى لثبوته بالاجماع وفى ولاء الموالاة خلاف ولان ولاء العتاقة لا يقبل الفسخ وولاء الموالاة يقبله اه قوله وولاء الموالاة يقبله قال الكاكى فان للمولى أن ينتقل عنه قبل العقل اه

صح وعقله على مولاه وإرثه له ان لم يكن له وارث وهو آخر ذوى الارحام) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا اعتبار بهذا الولاء أصلا لقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله قيل انها نزلت ناسخة لقوله تعالى والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم ولقوله عليه الصلاة والسلام لا حلف فى الاسلام ولان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح فى حق وارث آخر وقال ليث بن سعد من أسلم على يد رجل كان ولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن الرجل يسلم على يد الرجل هو أولى الناس بمحياه ومماته من غير فصل بين أن توجد منه موالاة أخرى أو لم توجد وقال يحيى بن سعيد اذا جاء رجل من أرض العدو فأسلم على يد رجل فان ولاءه لمن والاه ومن أسلم من أهل الذمة على يد رجل فولاؤه للمسلمين عامة لان الذمى سبق له عقد مع المسلمين وصار تبعا لهم فلا علك ابطاله كالعتق ولنا اطلاق ما تلونا والمراد بها عقد الموالاة نقلا عن أئمة التفسير وما رواه ليث محمول على ما اذا جددوا عقد الموالاة بعد الاسلام توفيقا بينه وبين الآية وبين أقوال الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم أجمعين مثل مذهبنا ولم يرو عن أحد غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له أن يضع ماله حيث شاء اذ ليس فيه ابطال حق أحد معين وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق وانما يوضع فيه مال ضائع ليتصرف فيه الامام اذا لم يكن لصاحبه أن يتصرف فيه لانه نصب ناظرا للغيب فاذا تصرف فيه صاحبه كان تصرفه أولى من تصرف الامام كما فى حال حضرته وقولهم ان الآية منسوخة بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض قلنا الذى ورد أنها منسوخة فى حق التقديم فانهم كانوا يقدمونه بالبعض على أولى الارحام فنسخ ذلك التقديم وفى الآية اشارة اليه حيث قال أولى ببعض وكونهم أولى منه لا يوجب سقوطه عند عدمهم ألا ترى أن الاولوية موجودة فى كثير من الورثة لاسيما فى العصبة ثم عند عدم من هو أولى لا يوجب سقوط الآخر وما تمسكوا به من قوله عليه الصلاة والسلام لا حلف فى الاسلام المراد به الحلف الذى كانوا يتعاقدون عليه فى الجاهلية من قولهم هدمى هدمك ودمى دمك ترثنى وأرثك فكان ذلك التناصر على الحق والباطل ولتقدمه بالارث على

(قوله وقال مالك والشافعى الخ) وعند الشافعى ولاء الموالاة باطل له أن سبب الارث الفرض أو التعصيب وولاء الموالاة ليس هذا ولا ذاك فلا يجب به الارث والعقل اه اتقانى (قوله ولان فيه ابطال حق بيت المال) ولهذا لا يصح عنده الايصاء بجميع المال اذا لم يكن له وارث أصلا لئلا يلزم ابطال حق بيت المال وانما يصح فى الثلث اه اتقانى (قوله وقال ليث بن سعد الخ) قال الكاكى وفى المبسوط الاسلام على يده ليس بشرط لصحة العقد وانما ذكره على سبيل العادة وكذا الاسلام على يده ليس بكاف لثبوت ولاء الموالاة عند أكثر أهل العلم الا ما روى عن الروافض وأحمد فى رواية وعن ابراهيم واسحق وعمر بن عبد العزيز وعمر بن الخطاب لما روى راشد بن سعد أنه عليه الصلاة والسلام قال من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه وعن تميم الدارى أنه قال يا رسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يدى رجل من المسلمين فقال عليه الصلاة والسلام هو أولى الناس بمحياه ومماته رواه أبو داود والترمذى وقال لا أظنه متصلا ولانه أحياه باخراجه من ظلمة الكفر لان الكفار كالموتى فى حق المسلمين فهو كما لو أحياه بالعتق وعلى هذا زعمت الروافض أن الناس مولى على وأولاده فان السيف بيده وأكثر الناس أسلموا من هيبته وفى المبسوط وهذا باطل لانه تعالى هو الذى أحياه بالاسلام ومن عرض عليه الاسلام انما هو نائب عن الشرع فيكون هو كغيره فى حق الله تعالى وأين لهم هذا التحكم فان عليا كان صغيرا حين أسلم كبار الصحابة بل أبو بكر وعمر كانا مقدمين عليه فى أمور القتال ولكن الروافض قوم بهت وبناء مذهبهم على الكذب وما رووا من الاحاديث ضعيف وقد روى فى حديث تميم الدارى أسلم على يد رجل ووالاه اه (قوله حين سئل) السائل تميم الدارى اه (قوله هو أولى الناس بمحياه) تزويجه وعقله اه (قوله ومماته) الصلاة عليه وميراثه اه (قوله وما رواه ليث الخ) قال الاتقانى وقيل حديث تميم الدارى كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ ذلك ولان الناس كانوا يوالون على عهد الصحابة ولم يرو عن أحد منهم انه أخذ الميراث بنفس الاسلام وصورة عقد الولاء ما قال فى شرح الطحاوى وهو أن يقول أنت مولاى جنايتى عليك وجنايتك على وميراثى لك ان مت فاذا مات كان ميراثه للاعلى ان لم يكن له وارث ولا يرث الاسفل من الاعلى الا اذا شرط ميراث الاعلى لنفسه ومن أسلم على يد رجل فبنفس الاسلام لا ينعقد له الولاء وله أن يوالى من شاء ان شاء والى مع الذى أسلم على يديه وان شاء والى مع غيره وله أن يحول ولاءه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه فبعد ذلك ليس له أن يوالى غيره الا اذا كان أبوه فى دار الحرب فسبى فاعتقه مولاه يثبت ولاؤه من معتقه ويجر ولاء الولد الى نفسه واللقيط حر وجنايته على بيت المال وميراثه لبيت المال فاذا أدرك كان له أن يوالى مع من شاء الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له أن يوالى أحدا كذا فى شرح الطحاوى اه (قوله توفيقا الخ) فقد روى أن تميما سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن الرجل ليأتينى فيسلم الى يدى ويواليني فقال هو أخوك ومولاك فأنت أحق بمحياه ومماته اه مشكاة (قوله من قولهم هدمى هدمك) قال ابن الاثير والهدم بالسكون وبالفتح أيضا هو اهدار دم القتيل يقال دماؤهم بينهم هدم أى مهدرة والمعنى ان طلب دمك فقد طلب دمى وان أهدر دمك فقد أهدر دمى

القريب خطر الاسلام التناصر على الباطل وأوجب التعاون على البرّ والتقوى وقدّم القريب عليه بالارث ثم شرط صحة هذه الموالاة أن يشترط الميراث والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك فلا بدّ من ذكره في العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك لانه ممكن فيتوارثان بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى ومن شرطه أن يكون مجهول النسب وأن لا يكون عليه ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وأن يكون حرا عاقلا بالغا وحكمه أن يثبت به الارث اذا مات وأن يعقل عنه اذا جنى ويدخل فيه أولاده الصغار ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير أو مع العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولى وعند بعضهم لا يشترط أن يكون مجهول النسب ويشترط أن لا يكون الاسفل عربيا لان تناصر العرب بالقبائل فأغنى عن الموالاة وكونه أسلم على يده ليس بشرط لصحة هذا العقد قال رحمه الله (وله أن ينتقل عنه الى غيره بمحضر من الآخر ما لم يعقل عنه) لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه بعلم صاحبه وان كان الآخر غائبا بالاعلام فسخه وان كان غير لازم لان العقد تمّ بهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يعرى عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فيأخذ الاعلى ماله ميراثا فيكون مضمونا عليه أو يعتق الاسفل عبيدا على حسبان أن عقل عبيده على المولى الاعلى فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ الا بمحضر من الآخر بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من الاول حيث يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة والمضاربة والشركة وانما كان كذلك لان الولاء كالنسب اذا ثبت من شخص ينافي ثبوته من غيره فينفسخ ضرورة والمرأة في هذا كالرجل لانها من أهل التصرف وقوله ما لم يعقل عنه لانه اذا عقل عنه ليس له أن يتحول الى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به ولحصول المقصود به ولاتصال القضاء به ولان ولاية التحول قبل أن يعقل عنه باعتبار أنه عقد تبرع من حيث انه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته فاذا عقل عنه صار

لاستحكام الالفة بيننا وهو قول معروف للعرب يقولون دمي دمك وهدمي هدمك وذلك عند المعاهدة والنصرة اهـ (قوله أن يشترط الميراث والعقل) أي بأن يقول ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت اهـ وكتب ما نصه قال صاحب الهداية ولا بدّ من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب أشار به الى ما ذكره القدوري في مختصره قبل هذا واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي قال ابراهيم النخعي اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا لفظ الحاكم بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بان يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري أيضا في مختصره بقوله أو أسلم على يد غيره ووالاه يوضحه قول صاحب التحفة بقوله وتفسير عقد الموالاة أن من أسلم على يدي رجل وقال له أنت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك وقال الآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يديه الى هنا لفظ التحفة اهـ اتقاني (١٨٠) (قوله وأن لا يكون عليه ولاء عتاقة) قال في التيسير ومن شرط صحة هذا العقد أي عقد الموالاة أن لا يكون للاسفل نسب ولا يكون معتقا ولا يكون عربيا لان العرب لا يسترقون فلا يكون عليهم ولاء عتاقة فكذا ولاء الموالاة وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولا يرث الاسفل من الاعلى الا اذا شرط ميراث الاعلى لنفسه يعني في ولاء الموالاة اهـ اتقاني وكتب ما نصه ولا يصح بين العربيين ولا بين العربي والعجمي ولا من المسلم للكافر ويصح من الكافر للكافر اهـ حميد قوله ولا بين العربي والعجمي أي اذا كان العربي الاسفل اهـ (قوله ويشترط أن لا يكون الاسفل عربيا) قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي ولو أسلم رجل من نصارى العرب على يدي رجل من غير قبيلته ووالاه لم يكن مولاه ولكنه ينسب الى عشيرته وهم يعقلون عنه كالعوض ويرثونه وكذلك المرأة الى هنا لفظ الكافي وذلك لان الولاء انما يثبت في حق العجمي الذي لا عشيرة له فأما من له عشيرة فانهم يقومون بمصالحه فلا حاجة الى الولاء اهـ اتقاني (قوله لصحة هذا العقد) أي في الصحيح اهـ حميد ﴿فرع﴾ اعلم أن ولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من ثلاثة وجوه أحدها أن في الموالاة يتوارثان من الجانبين اذا اتفقا على ذلك بخلاف ولاء العتاقة والثاني أن ولاء الموالاة يحتمل النقض بخلاف ولاء العتاقة والثالث أن ولاء الموالاة مؤخر عن ذوي الارحام وولاء العتاقة مقدم على ذوي الارحام اهـ (قوله بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي رجل والى رجلا فله أن يتحول عنه ما لم يعقل عنه وله أن ينقضه بمحضرته وكذا للرجل أن يتبرأ من ولائه أيضا ما لم يعقل عنه فاذا انتقض أحدهما الموالاة بغير محضر من صاحبه لم ينتقض الا أن يوالي الاسفل آخر فيكون ذلك نقضا وان لم يحضر صاحبه الى هنا لفظ الكافي وقال في التحفة فاذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول بالولاء الى غيره وصار العقد لازما الا ان اتفقا على النقض الى هنا لفظ التحفة وذلك لان الولاء بمنزلة الوصي عندنا يلحقه الفسخ لانه حق أوجبه بفعله متبرعا من غير عوض فكان له أن يتحول بالولاء الى غيره

كالعوض فى الهبة وكذا لا يتحوّل ولده بعدما تحمل الجناية عن أبيه وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحوّل الى غيره لانهما كشخص واحد فى حكم الولاء قال رحمه الله (وليس لمعتق أن توالى أحدا) لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض لان سببه لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهو العتق فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لانه لا يفيد لان الارث ولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء الموالاة ألا ترى أن شخصا لو مات وترك مولى أعتقه ومولى موالاة كان المال للمعتق قال رحمه الله (ولو والت امرأة فولدت تبعها فيه) يعنى ولدت ولدا لا يعرف له أب وكذا لو أقرت أنها مولاة فلان ومعها صغير لا يعرف له أب صح اقرارها على نفسها و يتبعها ولدها و يصيران مولى فلان وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يتبعها ولدها فى الصورتين لان الام لا ولاية لها فى ماله فان لا يكون لها فى نفسه أولى ولابى حنيفة رحمه الله أن الولاء كالنسب وهو نفع محض فى حق الصغير الذى لم يدر له أب فتملكه الام كقبول الهبة ولو أقر رجل أنه معتق فلان فكذبه المقرّ له فى الولاء أصلا أو قال لا بل والتنى فأقر المقر لغيره بالولاء لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يصح لان اقراره بطل بتكذيب المقرّ له وصار كأن لم يوجد فكان له أن يتحوّل الى غيره وله أنه أقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل بردّ المقرّ له كمن شهد على رجل بنسب فردّت شهادته ثم ادّعى الشاهد أنه ولده لا يصح فكذا هذا والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الاكراه﴾

قال رحمه الله (هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا) وقيل الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث فى المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذى طلب منه وهذا فى الشرع وهو فى اللغة حمل المكره على أمر يكرهه يقال أكرهته على كذا أى حملته عليه وهو كاره وشرطه أن يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدّده به وأن يغلب على ظن المكره أن يوقع به ذلك ان لم يفعل وحكمه اذا حصل بما تلاف أن ينقل الفعل الى المكره فيما يصلح أن يكون المكره آلة للمكره و يجعل كأنه فعله بنفسه على ما يجئ تفاصيله والاكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه فانه يعدم الرضا و يوجب الالجاء و يفسد الاختيار وغير الملجئ قاصر وهو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب الشديد والقيد أو الحبس فانه يعدم الرضا ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار وهذا النوع من الاكراه لا يؤثر الا فى تصرف يحتاج فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار ألا ترى أن الهزل يؤثر فيه لعدم الرضا حتى لا ينعقد معه فكذا مع هذا الاكراه لانه ينعدم به الرضا والاول يؤثر فى الكل فيضاف فعله الى المكره فيصير كأنه فعله والمكره آلة له فيما يصلح أن يكون آلة له كاتلاف النفس والمال وان لم يصلح أن يكون آلة له اقتصر الفعل على المكره فيكون كأنه فعله باختياره من غير اكراه أحد وذلك مثل الاقرار والاكل لان الانسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافا الى غير المتكلم والآكل الا اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث الاتلاف لصلاحيته آلة له فيه حتى اذا أكرهه على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره حتى يكون الولاء له و يضاف الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه بقيمته وكذا لو أكرهه على الطلاق يقع و يرجع عليه ان كان فيه اتلاف بأن كان قبل الدخول ولو أكره المرأة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال لعدم الرضا لان الرضا فى حق المال شرط دون الطلاق ثم اعلم أن الاكراه لا ينافى أهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لان المكره مبتلى والابتلاء يتحقق بالخطاب والدليل عليه أن أفعاله مترددة بين فرض وحظر واباحة ورخصة و يأثم تارة و يؤجر أخرى كسائر أفعال المكلفين فى حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا و يفترض عليه أن يمتنع من ذلك و يثاب عليه ان امتنع و يباح له بالاكراه أكل الميتة وشرب الخمر و يرخص له باجراء

قيل فى مناسبة الوضع ان الولاء لما كان من آثار العتق والعتق مما لا يؤثر فيه الاكراه ناسب ذكر الاكراه عقيب الولاء ولان فى الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل ألا ترى أن بالاكراه يحل مباشرة ما كان حراما قبله فى عامة المواضع فكذلك بالموالاة تتغير حال المولى الاعلى عن حرمة تناول مال المولى الاسفل الى الحل اه اتقانى (قوله فيحدث فى المحل الخ) والمحل هو المكره بفتح الراء اه (قوله ان لم يفعل) وأن يكون المكره ممتنعا أو ممتنعا وأن يكون المكره ممتنعا عما أكره عليه اما لحقه أو لحق آدمى آخر أو لحق الشرع اه كفاية (قوله فالملجئ هو الكامل) قال الاتقانى ثم الاكراه وهو حمل الانسان على ما يكرهه بحيث يزول معه الرضا على نوعين كما عرف فى أصول الفقه كامل و يسمى ملجئا وهو الذى يعدم الرضا ويفسد الاختيار وقاصر و يسمى غير ملجئ وهو يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار والملجئ كالتخويف بقتل النفس وقطع العضو والضرب المبرح المتوالى الذى يخاف منه التلف وغير الملجئ كالتخويف بالحبس والقيد والضرب اليسير اه (قوله ثم اعلم أن الاكراه) أى على أى طريق وجد اه اتقانى (قوله لا ينافى أهلية المكره) أى لانها بالذمة والعقل والبلوغ اه اتقانى

كلمة الكفر فى تلك الحالة واتلاف مال الغير وافساد الصوم والجناية على الاحرام وهذا دليل على أنه مخاطب قال رحمه الله (وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان أو لصا وخوف المكره وقوع ما هدد به) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وذلك لا يتحقق الا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك لانه بالتهديد من القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجأ طبعا وبدونهما لا يصير ملجأ فلا يثبت به حكمه وما روى عن أبى حنيفة رحمه الله من أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فذلك محمول على ما شاهد فى زمانه من أن القدرة والمنعة لم تكن فى ذلك العصر الا للسلطان فأجاب على ما شاهد وفى زمانهما كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك لفساد الزمان فافتيا على ما شاهدا وبه يفتى اذ ليس فيه اختلاف يظهر فى حق الحجة قال رحمه الله (فلو أكره على بيع أو شراء أو اقرار أو اجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خير بين أن يمضى البيع أو يفسخ) لان الاكراه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا والرضا شرط لصحة هذه العقود قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فتفسد عند فوات الرضا بخلاف ما اذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم أو ضرب سوط لانه لا يبالى بمثله عادة فلا يعدم الرضا وهو شرط لثبوت حكم الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بذلك فيكون مكرها بمثله لان ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا وكذا الاقرار جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لدفع الضرر عن نفسه وقدر ما يكون من الحبس اكراها ما يجىء به الاغتمام البين ومن الضرب ما يجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأى ممتنع بل يكون ذلك مفوضا الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم من لا يتضرر الا بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بأدنى شىء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بعرك أذنه لاسيما فى ملا من الناس أو بحضرة السلطان فيثبت فى حقه الاكراه بمثله لان فيه هوانا وذلا أعظم من الالم والاكراه بحبس الوالدين أو الاولاد لا يعد اكراها لانه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه قال رحمه الله (ويثبت به الملك عند القبض للفساد) أى يثبت بالبيع أو بالشراء مكرها الملك للمشترى لكونه فاسدا كسائر البياعات الفاسدة وقال زفر رحمه الله لا يثبت به الملك لانه بيع موقوف وليس بفاسد ألا ترى أنه لو أجاز بعد زوال الاكراه جاز ولو كان فاسدا لما جاز لان الفاسد لا يجوز بالاجازة ولا يرتفع الفساد به والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلمه الى المشترى فانه لا يملك بالقبض ولنا أن ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه

(قوله لفساد الزمان) فلو كان أبو حنيفة فى زمنهما لافتى بقولهما اه اتقانى (قوله فى المتن أو اقرار) قال محمد فى الاصل وان قالوا له لنقتلنك أو لتقرن لهذا الرجل بألف درهم فأقر له بخمسمائة درهم فالاقرار باطل وذلك لانه اقرار مكره لانه أقر ببعض ما أكره عليه لان الاكراه على الالف اكراه على كل جزء من أجزائها وقال فى الاصل أيضا وان أكره على أن يقر له بألف درهم فأقر له بألفى درهم لزمه ألف درهم وبطلت عنه ألف وذلك لانه فى الالف مكره وفى الالف الاخرى طائع فيصح اقرار الطائع لا المكره قال بعض مشايخنا ما ذكره محمد قولهما كما اذا شهد شاهدان أحدهما بألف والآخر بألفين فانه تقبل الشهادة على ألف عندهما خلافا لابى حنيفة فأما على قول أبى حنيفة يصح اقراره بالفى درهم لانه لم يقر (١٨٢) بما أكره عليه وانما أقر بشىء آخر الا أن يكون الاكراه بالف من كيس فأقر بالفين فى ذلك الكيس كذا ذكر خواهر زاده فى مبسوطه وقيل بل هذا الجواب قولهم جميعا لان محمدا لم يذكر فيه الخلاف ووجه الفرق على هذا بين هذه المسئلة وبين مسئلة الشهادة لابى حنيفة أن المعتبر عند أبى حنيفة فى الشهادة اتفاق الشهود فى اللفظ الذى لا يوجب اختلاف المعنى والالف غير الالفين فى اللفظ وليس كذلك الاكراه لان المعتبر فيه الموافقة فى المعنى دون اللفظ لان غرض المكره أن يتخلص ويفعل على ارادة المكره وقد اتفقا فى الالف فى المعنى وان اختلفا فى اللفظ وقال محمد فى الاصل وان أقر بمائة دينار فانه يكون جائزا لانه اقرار طائع فانه لم يأت بما أكره عليه ولا ببعض منه بل أتى بجنس آخر لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة اه اتقانى (قوله فى المتن ويثبت به الملك الخ) اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا اه (قوله وقال زفر لا يثبت به الملك) قال الاتقانى قال علاء الدين العالم فى طريقة وهو الخلاف وأجمعوا على أنه لو سلم طائعا أو أجاز طائعا يثبت الملك وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده فى مبسوطه وهبة المكره بعد القبض تفيد الملك عندنا بالضمان وعند زفر لا تفيد الملك وعلى هذا الخلاف اذا أكره على البيع والتسليم فباع وسلم ملكه المشترى عندنا ملكا فاسدا وقال زفر لا يملكه الا أن يجيزه المكره بعد ذلك اه (قوله صدر من أهله) أى وهو العاقل البالغ اه (قوله مضافا الى محله) أى وهو المال المتقوم اه قال الاتقانى الا أن الرضا شرط زائد ولا يخل بالركن انعدام شرط التصرف ولا يعدم الحكم أيضا ولكن يثبت وصف الفساد وكان الفساد ثابتا لما بقى حق العبد فاذا رضى به ارتفع الفساد اه ﴿فرع﴾ فان قيل لو كان بيع المكره كالبيع الفاسد لم يعد جائزا أبدا بالاجازة كما لو باع درهما بدرهمين أو بالف ورطل من خمر ولو كان جائزا كان ينبغى لا عادته جائزا ووقت معلوم كما فى البيع

وهو التراضي وفوات الشرط تأثيره في فساد العقد كالمساواة في الاموال الربوية فانها شرط فيها لجواز البيع وفواتها يوجب الفساد لا التوقف بخلاف البيع بشرط الخيار فان شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط أو نقول لما وجد أصل البيع في محله لم ينعدم ذلك بالاكراه فكان ينبغي أن ينفذ كالطلاق الا أن الشرع شرط للحل شرطا زائدا وهو التراضي ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهي بهذا المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه فلا يصير به البيع غير مشروع كنهيانا عن بيع الحنطة بالحنطة الا بشرط المماثلة وانه قدر زائد على ما يتم به البيع فكان النهي بهذا المعنى في حق غير المنهي عنه فلم يصر المنهي عنه غير مشروع بل وقع فاسدا لعدم شرط الجواز الزائد شرعا فكذا هنا فلم يبق الفرق بين هذا النهي وبين النهي عن بيع الربا الا أن ما تعلق به الحرمة هنالك اتصل بالمبيع وصفا وفي مسئلتنا اتصل بالعاقد وهكذا في البيوع الفاسدة كلها يتعلق النهي بالوصف فيكون مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض فكذا هذا حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالاعتاق والتدبير جاز تصرفه فيه وانما جاز بالاجازة لان المفسد يرتفع بها وهو عدم التراضي فصار كسائر البياعات الفاسدة الا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع وان تداولته الايدي بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته باذنه أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الاسلام وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك علي على أني متى قضيت الدين فهو لي فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ايفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به وينقض بيع المشتري كبيع المكره لان الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره في جميع ما ذكرنا ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام أبو شجاع والامام علي السغدي والامام القاضي الحسن الماتريدي قالوا لما شرط عليه أخذه عند قضاء الدين أتى بمعنى الرهن لانه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة والاستصناع عند ضرب الاجل سلما فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به وأي شيء أكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين ولو استأجره البائع لا يلزمه أجرته كالراهن اذا استأجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا مفيدا بعض أحكامه منهم الامام نجم الدين النسفي فقال اتفق

الى الحصاد والدياس على مذهبكم وهنا في أي وقت أجازه المكره يعود جائزا على مذهبكم فصار كبيع الفضولي لا كالبيع الفاسد قلت ان بيع المكره له شبه بالبيع الموقوف وشبه بالبيع الفاسد أما الاول فلانه لم يوجد رضا المالك وقد خلا عن الشروط الفاسدة بخلاف البيع الفاسد فان فيه شرط ما يفسده وأما الثاني فلانه صدر من المالك ولكن فات رضاه بخلاف بيع الفضولي فانه لم يوجد من المالك فاذا كان له شبهان وفرنا على الشبهين حظهما فباعتبار الشبه الاول عاد جائزا بالاجازة في أي وقت كان كبيع الفضولي وباعتبار الشبه الثاني أفاد الملك اذا اتصل به القبض كالبيع الفاسد ولم نعكس لانا متى أظهرنا شبه العقد الموقوف في حق الملك ولم نوجب الملك بعد التسليم لا يبقى لشبه البيع الفاسد عمل في حكم ما فيبطل العمل بالشبهين اه اتقاني (١٨٣) (قوله وهو التراضي) بقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم اه (قوله جاز تصرفه فيه) أي ويلزمه القيمة اه اتقاني (قوله الا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة ذكره للفرق بين الاكراه والبيع الفاسد يعني ان في صورة الاكراه للمكره حق الفسخ بجميع تصرفات المشتري وان تداولته الايدي اذا كان التصرف مما يحتمل النسخ وفي صورة البيع الفاسد ليس للبائع أن ينقض تصرف المشتري الا الاجارة فانه ينقضها وقد مر البيان اه اتقاني (قوله وان تداولته الايدي) قال الاتقاني ولو أن المشتري من المكره باعه من آخر ثم باعه المشتري الثاني من آخر حتى تداولته الايدي قبل أن يفسخ العقود كلها وأي عقد أجازه جازت العقود كلها لان العقود كلها كانت نافذة الا أنه كان له حق الفسخ لعدم الرضا فلما أقدم على اجازة بعضها نفذت وزال الاكراه فجاز العقد الاول فجازت العقود كلها وهذا بخلاف الغصب وهو أن الغاصب اذا باع والمشتري باع من آخر حتى تداولت الايدي فالمغصوب منه أي عقد اجازه جاز ذلك العقد خاصة ولو ضمن أحدهم جازت العقود التي بعده دون ما كان قبله لان العقود كلها غير نافذة فتوقفت العقود كلها على اجازته فاذا أجاز شيأ من ذلك جاز خاصة فان لم يجز ولكن ضمن جازت العقود كلها التي كانت بعده لان في التضمين تمليكا فيستند الضمان الى وقت الجناية فيملكه من ذلك الوقت فتجوز العقود التي كانت بعده كذا في شرح الطحاوي اه (قوله ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره) أي فكان للبائع حق نقض بيع المشتري وهبته لانه بيع بشرط فاسد اه غاية (قوله منهم الامام ظهير الدين) أي المرغيناني وظهير الدين اسحق الولوالجي اه غاية (قوله والصدر السعيد تاج الاسلام) أي أحمد بن عبد العزيز اه

مشايخنا في هذا الزمان فجعلوه بيعا جائزا مفيدا لبعض أحكامه وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه ولتعاملهم فيه والقواعد قد تترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبره بالهازل وقال في الكافي والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة قال عليه الصلاة والسلام العدة دين فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس اليه وقال جلال الدين في حواشي الهداية صورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بألف على أني لو دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي ثم قال ويسمى هذا بيع الوفاء ويمكن أن يكون هذا الآخر على الاختلاف الذي مضى ذكره وتفسيره به دليل على أنه مثل الاول وهذا البيع موجود في المصر متعامل به وهم يسمونه بيع الامانة قال رحمه الله (وقبض الثمن طوعا اجازة كالتسليم طائعا) أي لو أكره على البيع وقبض الثمن طوعا كان اجازة كما اذا سلم المبيع طائعا لان القبض أو التسليم طائعا دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما اذا أكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون اجازة وان سلم طوعا لان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق في البيع يتعلق بنفس البيع فلم يكن الاكراه به اكراها بالتسليم فيكون التسليم أو القبض عن اختيار دليل الاجازة وفي الهبة يقع الاستحقاق بالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الاكراه عليها اكراها بالتسليم نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على شئ يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به المكره ويعتبر ذلك في أصل الوضع لان البيع وضع لافادة الملك في الاصل وان كان في الاكراه لا يفيده لكونه فاسدا والهبة لا تفيد الملك قبل القبض بأصل الوضع وتفيده بعده سواء كانت صحيحة أو فاسدة فينصرف الاكراه في كل واحد منهما الى ما يستحق به منه في أصل وضعه وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رد الثمن ان كان قائما في يده لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا يأخذ منه شيأ لان الثمن كان أمانة في يد المكره لانه أخذه باذن المشتري لا على سبيل التملك فلا يجب عليه الضمان قال رحمه الله (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة قال رحمه الله (وللمكره أن يضمن المكره) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يكن آلة له في حق التكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كأنه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب لان المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لانه بأداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب اذا ضمن ولانه ملكه بالشراء والقبض لانه اشتراه وهو مبيع حقيقة من كل وجه غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ فاذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البياعات الفاسدة ولو كان المشتري باعه من آخر وباع الآخر من آخر حتى تداولته البياعات نفذ الكل بتضمين الاول وله أن يضمن من شاء من المشترين فأيهم ضمنه ملكه وجازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله بخلاف ما اذا أجاز المكره أحد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده ويأخذ هو الثمن من المشتري الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فجاز الكل كالراهن أو الآجر اذا باع الرهن أو العين المستأجرة فانه يتوقف لاجل حق المرتهن والمستأجر فاذا أجاز نفذ البيع من جهة المباشر والمجيز يكون مسقطا حقه لا أن يكون مملكا باجازته وأما اذا ضمنه فانه لم يسقط

(قوله وهو البيع) أي والهبة من آخر وهو المعتاد عندهم لحاجة الناس الى ذلك لانهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى أن يرد البائع الثمن الى المشتري ويفي المشتري برد المبيع الى البائع أيضا ولا يمتنع عن الرد فلهذا سموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد من رد المبيع والاصح عندي أنه بيع فاسد يوجب الملك بعد القبض وحكمه حكم سائر البياعات الفاسدة لانه بيع بشرط لا يقتضيه العقد وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط اه اتقاني (قوله وهذا البيع موجود في مصر) الذي بخط الشارح المصر اه (قوله لا على سبيل التملك) أي لانه كان مكرها على قبضه فكان أمانة اه

حقه لان أخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون أخذ الثمن استرداد المبيع بل اجازة فافترقا وبخلاف ما اذا أجاز المالك أحد بيوع من باعه الفضولي حيث لا يجوز الا الذي أجازه المالك ولا يجوز ما قبله ولا ما بعده لان كل واحد منهم باع ملك غيره فلا يفيد الملك للمشتري منه فعند الاجازة ملك من أجيز شراؤه وتبطل البقية لورود ملك بات على ملك موقوف قال رحمه الله (وعلى أكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر بضرب أو قيد لم يحل وحل بقتل وقطع) أي لو أكره على هذه الاشياء بما لا يخاف على نفسه أو على عضوه كالضرب لا يسعه أن يقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه استثنى حالة الضرورة والاضطرار والاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا فظهر أن التحريم مخصوص بحالة الاختيار وفي حالة الاضطرار مباح والاضطرار يحصل بالاكراه الملجئ وهو أن يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه كما في حالة المخمصة ولا يحصل ذلك بضرب السوط ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له ذلك وقدره بعضهم بأدنى الحد وهو أربعون سوطا فان هدده به وسعه وان هدده بأقل من ذلك لا يسعه لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا بخلاف الحد فان فيه ما يكون متلفا قلنا لا وجه للتقدير بالرأي وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بالادنى منه فلا طريق سوى الرجوع الى رأي المبتلى به فان غلب على ظنه أن تلف النفس أو العضو يحصل بذلك وسعه والا فلا قال رحمه الله (وأثم بصبره) أي اذا امتنع من الاكل وصبر حتى أتلف أثم لانها في هذه الحالة مباحة على ما قلنا واهلاك النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم الا أنه اذا لم يعلم الاباحة في هذه الحالة لا يأثم لانه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء وقصد في زعمه الاحتراز عن المعصية فكان معذورا فلا يأثم كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب في حق من أسلم فيها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم مطلقا لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون أخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص على ما بينا فلا يكون حراما في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية وهذا لما عرف أن الرخصة استباحة المحظور مع قيام الدليل المحرم والحرمة أي يعامل معاملة المباح لا أن يكون

(قوله فلا يفيد الملك الخ) وأما اذا أجاز المغصوب منه بيعا من تلك البيوع فانه ينفذ ما أجازه خاصة لان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع يوقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون اجازته أحد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع ولا ينفذ ما سواه اهـ نهاية (قوله في المتن وعلى أكل لحم خنزير الخ) قال في الاصل لو أن قوما من اللصوص من المسلمين غير المتأولين أو من لصوص أهل الذمة اجتمعوا فغلبوا على مصر من أمصار المسلمين وأمّروا عليهم أميرا فأخذوا رجلا وقالوا له لنقتلنك أو لتشربن هذه الخمر أو لتأكلن هذه الميتة أو لتأكلن لحم هذا الخنزير كان في سعة من تناوله بل يفترض عليه التناول اذا كان في غالب رأيه أنه متى لم يتناول ذلك قتل وذلك لقوله تعالى في سورة البقرة انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم وقال في سورة المائدة حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالازلام الى أن قال فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وقال في سورة الأنعام وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وقال في الانعام قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم وقال في سورة النحل انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم وجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى حالة الضرورة والمستثنى يكون حكمه أبدا على خلاف حكم المستثنى منه لا محالة فحل المستثنى ولم يفصل بين أن تكون الضرورة بسبب المخمصة أو الاكراه فتناول النص باطلاقه النوعين جميعا اهـ اتقاني

(فرع) ثم جنس هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه العزيمة فيه الاقدام على ما أكره عليه ولو امتنع حتى قتل يأثم وهي شرب الخمر وتناول الميتة وما يجري مجراه وفي وجه يرخص الاقدام عليه مع أن العزيمة هو الامتناع وهو اجراء كلمة الكفر وسب النبي عليه الصلاة والسلام وما هو كفر أو استخفاف بالدين حتى لو أقدم عليه وهو مكره لا يؤاخذ به ولو صبر حتى قتل يكون مأجورا وفي وجه العزيمة هو الامتناع عنه ولا يرخص في الاقدام عليه بحال وهي قتل نفس معصوم محترم أو قطع عضو منه والزنا لا يحل له أن يقدم عليه بحال اهـ اتقاني (قوله وصبر حتى أتلف أثم) الا اذا كان الرجل جاهلا بالاباحة حالة الضرورة فلم يتناول حتى قتل قال محمد نرجو أن يكون في سعة لان في انكشاف الحرمة عند الضرورة خفاء فعذر بالجهل حيث قصد التحرز عن مباشرة الحرام اهـ اتقاني رحمه الله تعالى

مباحا حقيقة ولهذا قيل ان الجناية في الرخصة موجودة وانما انتفت العقوبة فقط كالعفو بعد الجناية فانه لا يعدم الجناية وانما يسقط المؤاخذة فقط وعلى هذا الخلاف لو صبر في حالة المخمصة قال رحمه الله (وعلى الكفر واتلاف مال مسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص) أي لو أكره على كلمة الكفر أو اتلاف مال انسان بشيء يخاف على نفسه أو على أعضائه كالقتل وقطع الاطراف يرخص له إجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لقوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولحديث عمار ابن ياسر حين ابتلي به أنه صلى الله عليه وسلم قال له كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد أي فعد الى الطمأنينة وفيه نزلت الآية ولان بهذا الاظهار لا تفوت حقيقة الايمان لان التلفظ به في هذه الحالة لا يدل على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق به حقيقة فلا يكون مفوتا حق الله تعالى في المعنى فيرخص له إحياء لنفسه أو طرفه لان حرمة العضو كحرمة النفس ألا ترى أن المضطر لا يرخص له قتل النفس ليأكل منه ولا قطع عضوه وكذلك كل ما ثبتت حرمته يرخص له عند الاكراه الكامل وهو الملجئ وذلك مثل اتلاف مال الغير وافساد الصوم والصلاة والجناية على الاحرام لان حرمة الكفر لا تحتمل السقوط فلا تتصور الاباحة فيه أصلا وغيره وإن احتمل عقلا لكن لم يوجد سمعا فالتحق بما لا يحتمل السقوط فيثبت بالاكراه الملجئ رخصة لا اباحة مطلقة ولا تثبت بغير الملجئ كالضرب والحبس لانه ليس بملجئ ولهذا لا يكون اكراها في شرب الخمر فكيف يكون اكراها في الكفر وهو أعظم قال رحمه الله (ويثاب بالصبر) أي يكون مأجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين ولاقامة حق الله تعالى أو حق غيره من العباد كان شهيدا ألا ترى أنه لو قاتل دون مال غيره فقتل كان شهيدا ولا يقال الكفر مستثنى في حالة الاكراه بقوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان كما استثنى الميتة في حالة الاضطرار فكيف يكون حراما في تلك الحالة لانا نقول الاستثناء هنا راجع الى العذاب لانه المذكور قبله فينتفي العذاب دون الحرمة بخلاف الخمر وأخواتها فان المذكور هناك فيه الحرمة فتنتفي في تلك الحالة وهنا لا تنتفي فتبقى على حالها ولكن لو ترخص جاز لما أن حق الله تعالى لا يفوت به ولا حق العبد لقيام التصديق بالقلب ووجوب الضمان على المكره قال رحمه الله (وللمالك أن يضمن المكره) لانه هو المتلف لماله والمكره آلة له فيما يصلح آلة قال رحمه الله (وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص) أي لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له القتل لاحياء نفسه لان دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه في ذلك سواء فسقط المكره قال رحمه الله (وان قتله أثم) لان الحرمة باقية لما ذكرنا فيأثم بمباشرته ولان الاثم يكون بدينه والمكره لا يصلح أن يكون آلة له في حقه فيقتصر عليه وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص له لان فيه قتل النفس بالضياع لانه يجيء منه ولد ليس له أب يربيه ولان فيه افساد الفراش بخلاف جانب المرأة حيث يرخص لها بالاكراه الملجئ لان نسب الولد لا ينقطع عنها فلم يكن في معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل ولهذا أوجب الاكراه القاصر درء الحد في حقها دون الرجل قال رحمه الله (ويقتص من المكره فقط) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب القصاص على المكره دون المكره لان القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لانه هو المباشر وكذا حكما لانه يأثم به وهذا لان القتل فعل حسي وقد تحقق من المكره والاصل في الافعال أن يؤاخذ بها فاعلها الا اذا سقط حكم فعله شرعا وأضيف الى غيره كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم عن الفاعل وأضيف الى غيره وهنا لم يسقط حكم فعله بل قرر حكم فعله بدليل أنه يأثم إثم القتل واثم القتل يكون على القاتل وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص عليهما أما المكره فلما قاله زفر وأما المكره فلحصول التسبيب منه الى القتل حيث أحدث فيه معنى حاملا على القتل والسبب التام ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب

القصاص

(قوله لان خبيبا) خبيب ابن عدي بن مالك بن عامر الانصاري الاوسي شهد بدرا (قوله في المتن وللمالك أن يضمن المكره) بكسر الراء اهـ (قوله والمكره والمكره عليه) بفتح الراء فيهما اهـ (قوله ولان الاثم يكون بدينه) أي بالجناية على دينه اهـ

القصاص عنده ولهذا حكم بوجوب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا وهذا لان القصاص شرع لحكمة الزجر والردع والقتل بالاكراه من المتغلبة غالب فلو لم يجب القصاص لادى الى الفساد فيوجب على الكل حسما لمادته وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجب القصاص على واحد منهما لان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه حتى أثم اثم القتل وأضيف الى المكره من وجه من حيث انه حمل المكره عليه فصار مدفوعا الى القتل بموجب طبعه ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت فيه الشبهة من الجانبين فلا يجب فيه القصاص ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو الاتلاف دون الاثم وهذا لان الآلة هي التي تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالنار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق وباستعمال الآلة يجب القصاص على المستعمل فكذا هنا والدليل على أن الآمر هو المستعمل له والمأمور جار على موجب طبعه أن ضمان المال المتلف يجب على الآمر ولولا أنه هو المتلف بالاستعمال لما وجب عليه فعلم بهذا أن الاتلاف منسوب الى الآمر وان المأمور آلة له اذ لا وجه لنسبته اليه الا بهذا الطريق فكان الآمر مباشرا للاتلاف لا متسببا له لانه لو كان متسببا لما وجب عليه الضمان وانما كان يجب على المأمور لان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا على الاتلاف كان الضمان على المباشر دون المتسبب وهذا لانه يمكن أن يجعل آلة له في اتلاف المال بالاجماع بأن يأخذه ويلقيه في مال انسان فكذا في النفس في حق الاتلاف يصلح أن يكون آلة له بهذا الطريق بخلاف الاثم فانه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لان الاثم بالجناية على دينه ولا يقدر أحد أن يجني على دين غيره فبقي الفعل مقصورا في حقه كما قلنا في الاكراه على الاعتاق فانه ينتقل الفعل الى الآمر في الاتلاف ويقتصر على المأمور من حيث التلفظ ولا يجعل آلة فيه لانه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فاقتصر على المأمور حتى عتق العبد وكان الولاء له ولو نقل الى الآمر لما عتق لانه لا عتق بدون الملك ولا كان الولاء له لان الولاء للمعتق وكذا قلنا في الاكراه على الطلاق حتى يكون مقتصرا عليه في حق التلفظ دون الاتلاف فيرجع عليه بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكذا لو أكره مسلم مجوسيا على ذبح شاة فانه ينتقل الفعل الى المسلم الآمر في حق الاتلاف فيجب عليه الضمان ولا ينتقل في حق الحل لانه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لان الحل في الذبح في الدين وبالعكس يحل قال رحمه الله (وعلى عتاق وطلاق ففعل وقع) أي لو أكره على عتاق أو طلاق فاعتق أو طلق وقع العتق والطلاق لان الاكراه لا ينافي الاهلية على ما بيناه وعدم صحة بعض الاحكام كالبيع والاجارة والاقرار لمعنى راجع الى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الاكراه لا يوجد الرضا وأما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع ألا ترى أن العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع وأخواته قال رحمه الله (ورجع بقيمته ونصف المهر ان لم يطأها) يعني على المكره لان الاتلاف منسوب اليه والمكره آلة له فيرجع بقيمة العبد عليه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار اذ ضمان العدوان لا يختلف بهما بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد بتصرف في ملكه من غير تعد ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب عليه للخروج الى الحرية كما في معتق البعض أو لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر أو عتق المريض عبده وعليه دين أو لم يخرج من الثلث ولم يوجد شئ من ذلك هنا ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره وكذا يرجع بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكان المهر مسمى في العقد وان لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى المكره والتقرير كالايجاب

(قوله لا يجب القصاص على واحد منهما) أي بل تجب الدية على المكره الآمر اه (قوله فان طبعه الاغراق) أي فبقي الجري على موجب الطبع مشابهة بالآلة ولو استعمل القاتل آلته التي هي السيف في شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا هنا اه (قوله وبالعكس) أي لو أكره مجوسي مسلما على الذبح اه (قوله فيرجع بقيمة العبد عليه الخ) والولاء للمكره دون المكره كما قدمه الشارح أول هذا الكتاب

فكان متلفا له فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق ولو قال المكره في مسئلة العتق خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وقد أردت ذلك لا الانشاء الحرية في الحال يعتق العبد في القضاء ولا يصدق لانه خلاف الظاهر ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يضمن المكره له شيأ لزعمه أنه لم يقع العتاق ولو قال خطر ببالي ذلك ولم أرد ذلك وانما أردت به الانشاء في الحال أو لم أرد به شيأ أو لم يخطر ببالي شئ عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته على المكره وعلى هذه التفاصيل الطلاق ولو أكرهه على أن يعتق عبده أو يطلق امرأته ففعل رجع بالاقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لان الضرر كان يندفع بالاقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شئ لانه ان أوقع الطلاق لا يرجع بشئ على ما ذكرنا وان أوقع العتق فهو ليس بمضطر الى ايقاعه اذ كان يمكنه أن يوقع الطلاق ويتخلص ولو أكرهه على التوكيل بالطلاق أو العتاق فأوقع التوكيل وقع استحسانا والقياس أن لا تصح الوكالة لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وأمثاله وجه الاستحسان أن الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما أتلف عليه استحسانا والقياس أن لا يرجع لان الاكراه وقع على التوكيل وبه لا يثبت الاتلاف وانما يتلف بفعل الوكيل بعد ذلك باختياره وقد لا يفعل ذلك أصلا فلا يضاف التلف الى التوكيل كما في الشاهدين اذا شهدا أن فلانا وكل بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان أن غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا وجعل ما فعل طريقا الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه الاكراه ولو أكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من الثلاث التي هزلهن جد ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب هو به فيها اذ لو كان له الطالب فيها لحبس فيكون أكثر مما أوجب وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لانهما لا يحتملان الفسخ فيستوي فيهما الجد والهزل وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية والاصل فيه حديث حذيفة رضي الله عنه أن المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فحلف مكرها ثم أخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فأوجب الشرع به حرمة مؤقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لان الرجعة استدامة النكاح فكانت ملحقة به والايلاء يمين في الحال وطلاق في المآل والاكراه لا يمنع كل واحد منهما والفيء فيه كالرجعة في الاستدامة ولو بانت بمضي أربعة أشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له أن يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من الفيء في المدة وكذا الخلع لانه طلاق أو يمين من جانب الزوج وكل ذلك لا يؤثر فيه الاكراه ثم ان كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل لانها التزمته وهي طائعة وان كانت مكرهة لا يلزمها لان المال لا يلزم بدون الرضا ولو أكرهه على أن يجعل كل مملوك يملكه في المستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا عتق ولا ضمان على المكره لان العتق يحصل باعتبار صنع من جهته وان أكرهه على أن يعلقه بفعل الذي لا بد له منه نحو أن يقول ان صليت فعبدي حر أو أكلت أو شربت ثم فعل المكره هذه الاشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال فكان ملجأ ولو أكرهه على أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي أكرهه لانه أمر بالخروج عن حق لزمه وذلك حسبة منه لا اتلاف شئ عليه بغير حق ولو أكرهه على عتق عبد بعينه عن الكفارة ففعل عتق العبد وعلى المكره قيمته لانه لم يجب عليه أن يعتق عبدا معينا عن كفارته فصار بالاكراه عليه متعديا عليه

(قوله ولو أكره على النذر صح ولزم) قال في الهداية والنذر لا يعمل فيه الاكراه قال الاتقاني قال محمد بن الحسن في الاصل ولو أن لصا غالبا أكره رجلا حتى جعل على نفسه صدقة أو صوما أو حجا أو عمرة أو غزوة في سبيل الله أو بدنة أو شيأ يتقرب به الى الله فهدده بقتل أو تلف عضو أو غيره يعني بحبس أو قيد حتى أوجب ذلك على نفسه فانه يلزمه وذلك لما روى محمد في كتاب الاكراه عن عمر رضي الله عنه أنه قال أربع مقفلات مبهمات ليس فيهن ردّيدى العتاق والطلاق والنكاح والنذر أراد بقوله مبهمات وقوعها وصحتها مطلقة بلا قيد الرضا والطواعية والجد اذا صدرت من مكلف ومنه قول ابن عباس رضي الله عنه أبهموا ما أبهم الله يعني أن حرمة الام مطلقة غير مقيدة بالدخول والرّديدى بمعنى الرد ولان اليمين تصرف لا يبطله الهزل ألا ترى أنه اذا نذر هازلا يلزمه وكل تصرف لا يبطله الهزل لا يبطله الاكراه ولان النذر واليمين لا يقبلان الفسخ بعد وقوعهما وكل ما لا يقبل الفسخ لا يؤثر فيه الاكراه ولا يرجع فيه المكره على الذي أكرهه بما لزمه من المنذور ولانه لا يطالب به في الدنيا ولا يحبس بل يجب عليه ديانة لا قضاء اه (قوله وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية) قال الاتقاني نقلا عن شرح الكافي لشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي ولو أكرهه على أن يظاهر من امرأته كان مظاهرا لانه من باب التحريم فأشبه اليمين اه (قوله فصار بالاكراه عليه متعديا عليه) أي ولا يقال بأنه اتلاف بعوض لانه عسى يمكنه الخروج بما دون هذا فصار في الزيادة اتلافا بغير

بخلاف

بخلاف الاول لانه لم يأمره الا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف مال معين ثم لا يجزئه عن الكفارة هنا لانه فى معنى العتق بعوض ولو قال أنا أبرئه من القيمة حتى يجزئه عن الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعد ذلك ابراء عن الدين وهو لا تتأدى به الكفارة ولو قال أعتقته حين أكرهنى وأنا أريد به عن الكفارة ولم أعتقه لاكراهه أجزأه عن الكفارة وليس له أن يرجع بقيمة العبد على المكره ولو أكرهه على أن يعتق نصف عبده فأعتق كله فهو مختار ولا شئ على المكره عند أبى حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزأ عنده وما أتى به غير ما أكره عليه فلا يصير الاتلاف به منسوبا الى المكره ألا ترى أنه لو أمر أن يعتق نصف عبده فأعتق كله كان باطلا عنده وعندهما يضمن المكره قيمته كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو أكرهه على اعتاق كله فأعتق نصفه يضمن نصفه عنده وعندهما يضمن الكل لان اعتاق النصف اعتاق الكل عندهما وعنده يقتصر على النصف فيكون آتيا ببعض ما أكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه ولو أكره على الزنا فزنى يجب عليه الحد فى قول أبى حنيفة رحمه الله الاول وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد ان أكرهه السلطان وان أكرهه غيره يجب وقالا لا يجب عليه فى الوجهين وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بينا من قبل وجه قوله الاول أن الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الآلة والانتشار دليل الطواعية ولانه لا يمكن نسبة الزنا الى المكره لكونه لا يصلح أن يكون آلة له فى الزنا لان الوطء بآلة غيره غير ممكن فكان مقتصرا على الفاعل ولهذا يسقط باحصانه دون احصان المكره فكذا الحد يجب عليه بخلاف المرأة لانها محل الفعل ويتحقق منها الزنا ألا ترى أنه يتحقق منها وهى نائمة أو مغمى عليها ولا تشعر به وبخلاف الاكراه على القتل لانه يمكن أن يجعل آلة له فيه فينسب الى المكره حتى يجب عليه القصاص وجه قوله المرجوع اليه أن انتشار الآلة قد يكون طبعا كما فى النائم فلا يدل على الطواعية فيسقط الحد اذا وجد الاكراه الملجئ لانه لولا الالجاء لما فعل وقصده بالفعل دفع الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة ولان الحد شرع للزجر وهو منزجر فى غير حالة الاكراه لما أن فى الامتناع اهلاكه فلا يفيد شرع الحد فى هذه الحالة فلا يكون مشروعا قال رحمه الله (وعلى الردة لم تبن امرأته) أى لو أكره على الردة وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امرأته لانه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكره هو كان القول قوله استحسانا والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوى فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما اذا أسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد أحد الركنين وفى الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد هذا البيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فان لم يعتقد فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى أسلم ثم رجع عن الاسلام لا يقتل لانه لما تمكنت الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره أصليا لعدم صحة اسلامه ولو قال المكره نويت الاخبار باطلا ولم أكن فعلت بانت امرأته فى الحكم لانه أقر بوجود المخلص وجوابه مطابق للسؤال فيكون مخالفا لما نوى باعتبار الظاهر فلا يصدق أنه نوى ذلك لان كلامه وقع جوابا لما طلب منه ظاهرا فالظاهر أنه أجاب اليه ونوى ما قصده المكره مع اقراره على نفسه بوجود المخلص فلا يصدق فى حق المرأة أنه عدل عما طلبوه منه بالنية فجعل مجيبا لهم طائعا ولو قال أردت ما طلب منى وقد خطر ببالى الخبر عن الباطل بانت ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة حيث أجاب الى ما طلب منه مع وجود المخلص وعلى هذا لو أكره على الصلاة على الصليب

عوض حتى قالوا لو كان هذا من أخس الرقاب لا يتصور أن يكون دون هذا مجزيا لا يضمن شيأ فان قالوا ينبغى أن يضمن بقدر الزيادة قلنا متى ضمن بعضه خرج من أن يكون كفارة فتبين أنه اتلاف بلا نفع يسلم له فيضمن كله ولم يجزه عن الكفارة لانه متى وجب الضمان لربه على المكره صار اعتاقا بعوض فلا يصلح كفارة اه اتقانى (قوله وأنا أريد به) أى كفارة الظهار اه اتقانى (قوله أجزأه) أى عن كفارة الظهار لانه أخبر أنه أعتقه طائعا فلم يكن الضمان به واجبا على المكره فصلح كفارة وانه أمر بينه وبين ربه فصدق فيه ولم يكن له على المكره شئ لانه أخبر أنه طائع وان قال أردت به العتق عن الظهار كما أمرنى ولم يخطر ببالى غير ذلك لم يجزه عن الكفارة لانه أخبر أنه فعل ما فعل بأمره فكان مكرها ولو أكرهه بحبس أو قيد أجزأه عنه لانه لا يوجب نقل الفعل الى غيره ولا يوجب الضمان على المكره فبقى اعتاقا بلا عوض فيسلم له فيصلح كفارة اه الثانى (قوله والقياس أن يكون الخ) أسير خرج من دار الحرب الى دار الاسلام فقالت له امرأته انك ارتددت فى دار الحرب ان أنكر الزوج فالقول قوله لانه منكر للفرقة وان أقر وقال تكلمت بذلك لكن مكرها فالقول قولها لانه أقر بالردة وادعى الكره والمرأة منكرة فالقول قولها وان صدقته المرأة فالقاضى لا يصدقهما لان تصادقهما فى الفرج لا يجوز اه سير فتاوى الولوالجى رحمه الله (قوله ولو قال المكره) أى على الاسلام اه

أو على سب محمد صلى الله عليه وسلم فقال خطر ببالى أن أسجد لله تعالى أو أسب محمدا آخر فنويت السجود لله تعالى أو سببت غير النبي صلى الله عليه وسلم بانت امرأته قضاء لا فيما بينه و بين الله تعالى ولو قال نويت السجود للصليب أو سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر ديانة وقضاء لما قلنا ولو قال لم يخطر ببالى شئ ونويت ما طلب منى وقلبي مطمئن بالايمان لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء وهو المراد بالمذكور فى الكتاب لانه لم يقر على نفسه بوجود الخلاص واجابة ما طلب منه فى حالة الاكراه مرخص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر لاجراها على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضى باجراء كلمة الكفر على لسانه من غير اكراه فصار نظير ما لو نوى أن يكفر فى وقت فى المستقبل والله أعلم

﴿فصل﴾ وحرمة طرف الانسان كحرمة نفسه حتى لو أكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها كما لم يرخص له قتل نفسه بخلاف اتلاف ماله ولو قطعها يأثم القاطع ويجب القصاص على المكره كما قلنا فى النفس ولو أكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما اذا أكره على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فى حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها اذا استأكلت ولو قال له لتلقين نفسك فى النار أو من الجبل أو لاقتلنك وكان الالقاء بحيث لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة فله الخيار ان شاء فعل ذلك وان شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند أبى حنيفة رحمه الله لانه ابتلى ببليتين فيختار ما هو الاهون فى زعمه وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعى فى اهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه وأصله أن الحريق اذا وقع فى سفينة وعلم أنه لو صبر فيه احترق ولو وقع فى الماء غرق فعنده يختار أيهما شاء وعندهما يصبر ثم اذا ألقى نفسه فى النار فاحترق فعلى المكره القصاص وان أكره على أن يقطع يد رجل بحديدة فقطع يده ثم قطع رجله بغير اكراه فمات المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع والمكره لانه مات بفعلين أحدهما انتقل الى المكره والآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له وعند أبى يوسف رحمه الله عليهما الدية فى مالهما لان فى قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصيب الآخر مالا ضرورة ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل أو لأقتلنك بالسيف فألقى نفسه فمات فعند أبى حنيفة رحمه الله تجب الدية على عاقلة المكره لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص لانه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا أكره عليه وعند أبى يوسف رحمه الله تجب الدية على المكره فى ماله وعند محمد رحمه الله تجب القصاص على المكره لانه كالقتل بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده ولو قال لآخر اقتلنى فقتله تجب الدية فى ماله فى الصحيح وهو رواية الاصل لان الاباحة لا تجرى فى النفوس فكان ينبغى أن يجب القصاص كما قال زفر وانما سقط الشبهة باعتبار الاذن فتجب الدية فى مال القاتل لانه عمد والعاقلة لا تتحمله وفى رواية لا يجب عليه شئ لان نفسه حقه فصار كاذنه باتلاف ماله وثم لا ضمان فكذا هنا واذا أكره ولى المرأة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الاكراه فرضيت المرأة ولم يرض الولى فللولى الفراق بينهما عند أبى حنيفة رحمه الله لان التبليغ الى مهر المثل حق الاولياء لانهم يتعيرون بالنقصان وقالا ليس لهم ذلك لان المهر خالص حقها حتى تملك اسقاطه وهبته والله أعلم

﴿كتاب الحجر﴾

قال رحمه الله (هو منع عن التصرف قولا لا فعلا بصغر ورق وجنون) هذا فى الشرع وفى اللغة هو المنع مطلقا أى منع كان ومنه سمى الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمى العقل حجرا لانه يمنع من القبائح ومنه قوله تعالى هل فى ذلك قسم لذى حجر أى لذى عقل ثم ان الله تعالى خلق البشر أشرف خلق وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام وهو العقل وبه يسعد من سعد وذلك أن الله تبارك وتعالى ركب فى البشر العقل والهوى وركب فى الملائكة العقل دون الهوى وركب فى البهائم الهوى دون

﴿كتاب الحجر﴾

أورد الحجر بعد الاكراه لما أن بينهما مناسبة الاختيار الا أن الاكراه أقوى لان فيه سلبه عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر فكان أحق بالتقديم ومحاسن الحجر النظر والشفقة على المحجور وقد يكون النظر والشفقة لغيره ودفع الاذى عنه كما فى حجر المديون والسفيه على قولهما وحجر المريض عن التصرف فى الرشن وحجر العبد لحق المولى اه كاكى وكتب ما نصه قال الاتقانى وفى اصطلاح الفقهاء عبارة عن حجر مخصوص وهو الحجر الحكمى الذى لا يصير تصرف المحجور عليه مفيدا حتى اذا باع وحصل القبض لا يفيد الملك وهو الفرق بين الحجر والنهى فان النهى يفيد الملك بعد القبض كما فى البيع الفاسد اه (قوله فى المتن بصغر ورق وجنون) وهذه الثلاثة سبب الحجر باجماع العلماء وفى أن السفه والفلس سبب للحجر اختلاف كما سيجىء ويحكى عن أبى حنيفة أنه ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخر وهى المفتى الماجن والمتطبب الجاهل والمكارى المفلس اه كاكى (قوله ومنه قوله تعالى هل فى ذلك قسم لذى حجر) أى لذى عقل ومنه قول بعضهم

لا يتمادى فى اتباع الهوى * الا الذى فى عقله وهى
فالعقل عقل والحجا حاجز * والحجر حجر والنهى نهى
العقل

العقل فمن غلب من البشر عقله على هواه كان أفضل خلقه لما يقاسي من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ومن غلب هواه على عقله كان أردأ من البهائم قال الله تبارك وتعالى إن هم الا كالانعام بل هم أضل فجعل بعضهم ذوى النهى وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبين لنقصانه فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ولولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما بأن يستجر من يعاملهما مالهما باحتياله الكامل وجعل من ينظر في مالهما خاصا وعاما وأوجب عليه النظر لهما وجعل الصبا والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا والرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأى كالحر غير أنه وما في يده ملك المولى فلا يجوز له أن يتصرف لاجل حق المولى والانسان اذا منع عن التصرف في ملك الغير لا يكون محجورا عليه كالحر لا يقال انه محجور عليه مع أنه ممنوع عن التصرف في ملك غيره ولهذا يؤخذ العبد باقراره بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى ولعدم نفوذه في الحال وتأخره الى ما بعد الحرية جعله من المحجور عليهم ثم هذه الاشياء توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لان الحجر في الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي ألا ترى أنه يرد ويقبل والفعل حسي لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع عن التصرف قولا لا فعلا قال رحمه الله (فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا اذن ولي وسيد) لان الصبي عديم العقل ان كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو بالبلوغ فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا أذن له الولي فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة فيه ومنع العبد لحق المولى فاذا أذن له فقد زال فيتصرف بأهليته ان كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير قال رحمه الله (ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) يعني لا يجوز تصرفه أصلا ولو أجازه الولي لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطي وان كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو في حال افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه وهو الناقص العقل وقيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا وأحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون قال رحمه الله (ومن عقد منهم وهو يعقل يجيزه الولي أو يفسخه) أى من عقد البيع أو الشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقل البيع والشراء بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار ان شاء أجازه وان شاء رده لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل

(قوله كل ذلك رحمة منه) ذكر البيهقي في كتاب المعرفة أن الاحكام انما صارت متعلقة بالبلوغ بعد الهجرة وذكر الشيخ تقي الدين السبكي أن ذلك بعد أحد اهـ (قوله والرق الخ) قال الاتقاني وقيل الرق الخ اهـ (قوله ثم هذه الاشياء توجب الحجر الخ) حتى يؤاخذ بالافعال حتى ان طفل يوم لو انقلب على مال انسان فأتلفه يلزمه الضمان وكذلك المجنون الذي لا يفيق اذا مزق ثوب انسان يلزمه الضمان لان الافعال لا تتوقف على القصد الصحيح لانها توجد حسا ومشاهدة ولا امكان لرد ما هو ثابت حسا بخلاف الافعال التي تسقط بالشبهة كالحدود والقصاص فان الصبا والجنون يؤثران فيها لان الحدود والقصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من أهل العقوبة فسقطت عنهما لقصور في فعلهما لعدم القصد الصحيح اهـ غاية (قوله فيحتمل فيه) أى في تصرفه اهـ (١٩١) (قوله وان كان يجن تارة ويفيق أخرى) قال الاتقاني وأراد بالمجنون المغلوب الذي يجن ولا يفيق وهو المغلوب على عقله وهو احتراز عن الذي يجن ويفيق وهو المعتوه فان حكمه حكم الصبي كما يجيء بعد هذا اهـ (قوله فهو في حال افاقته كالعاقل) يقتضي أن تصرفاته نافذة في حال افاقته فهو مخالف لما ذكره الاتقاني من أنه موقوف وقد نقلت عبارته بعد ثلاث قولات في هذا المجرد عند قوله فالولي بالخيار الخ فانظره أقول والذي يظهر لي بتوفيق الله تعالى أن الحق التفصيل فان كان لافاقته وقت معلوم فعقد في ذلك الوقت فالحكم فيه النفاذ كالعاقل وان لم يكن لافاقته وقت معلوم فعقد في حال الافاقة فالحكم فيه الوقف كالصبي فينبغي أن يحمل ما قاله الزيلعي رحمه الله على الاول وما ذكره الاتقاني رحمه الله على الثاني هذا ما ظهر لي حال المطالعة والله أعلم بالصواب اهـ (قوله والمعتوه كالصبي الخ) قال الاتقاني ثم اعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه اختلاف المشايخ فالقاضي أبو زيد مال الى الوجوب وفخر الاسلام مال الى السقوط اهـ سيأتي في كلام الشارح في الورقة الآتية في الشرح أنه غير مكلف اهـ (قوله في المتن ومن عقد منهم) أى من هؤلاء المذكورين الثلاثة اهـ اتقاني وكتب على قوله منهم ما نصه قال خواهر زاده أى من الصغير والعبد ذكر الجمع وأراد التثنية كما في قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقال في شرح النافع أراد الصغير والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق لا الذي ذهب عقله فان تصرف مثل هذا لا يصح وان لحقه الاجازة ولهذا قيده بقوله وهو يعقله (قوله في المتن أو يفسخه) يعني اذا باع الصغير شيئا أو اشتراه فلحقه الاجازة فان عقل معنى العقد جاز والا فلا وكذا العبد الصغير وكذا المجنون الذي يجن ويفيق اذا عقد فأجازه الولي جاز ذلك اذا كان العقد في حال افاقته ومعرفته معنى البيع اهـ غاية (قوله فالولي بالخيار الخ) قال الاتقاني رحمه الله اعلم أن ما كان فيه نفع يشوبه ضرر كالبيع والشراء والاستئجار والاجارة والرهن والارتهان والاقراض والاستقراض

أن يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي أو المولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبي وهو الفضولي فيتوقف على اجازته فان قيل هذا في البيع مستقيم وأما في الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قلنا انما ينفذ على المشتري اذا وجد نفاذا كشراء الفضولي وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية أو لتضرر المولى فيوقف الكل قال رحمه الله (وان أتلفوا شيأ ضمنوا) لما ذكرنا أنهم غير محجور عليهم في حق الافعال اذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع فاعتبر في حقه فيترتب عليه موجبه لتحقق السبب ووجود أهلية الوجوب وهي الذمة لان الآدمي يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله الا أنه لا يخاطب بالأداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا أيسر وكالنائم لا يؤمر بالاداء الا اذا استيقظ من النوم قال رحمه الله (ولا ينفذ اقرار الصبي والمجنون) لان اعتبار الاقوال بالشرع ألا ترى أنه يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فأمكن رده فيرد نظرا لهما بخلاف الافعال على ما بينا أنه فعل حسي فلا مرد له حتى لو تعلق به حكم شرعي كالحد فلا يعتبر فعله أيضا الا من حيث انه اتلاف فيجب عليه الضمان قال رحمه الله (وينفذ اقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية) لانه اقرار على غيره وهو المولى لما أنه وما في يده ملك المولى واقرار المرء على غيره لا يقبل فاذا عتق زال المانع فيتبع به لوجود سببه عن أهلية قال رحمه الله (ولو أقر بحد أو قود لزمه في الحال) لان العبد مبقي على أصل الحرية في حقهما لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمي وان كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى بهما عليه فاذا بقي على أصل الحرية فيهما ينفذ اقراره بهما لانه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قيل قوله عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق يقتضي أن لا يملك الاقرار بالقصاص والحدود قلنا لما بقي على أصل الحرية في حقهما يكون اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي أن يصح اقراره فينفذ ولا يقال انه خص منه الاقرار بالمال لانا نقول الاقرار بالمال ليس باقرار على نفسه وانما هو اقرار على غيره فلم يتناوله النص على أنا لا نسلم أنه مخصوص لانه مقبول أيضا في حق نفسه حتى يلزمه بعد الحرية ولا يقال ان النص يحمل على أنه ورد على الحر دفعا للتناقض بينه وبين ما روينا قلنا نحمل المروي على غير هذه الصورة دفعا للتعارض قال رحمه الله (لا بسفه) أي لا يحجر عليه بسبب سفه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله اعلم أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة والفسق وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وعندهما يحجر عليه بسبب السفه والدين في تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق ونحوها وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بالكل والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا والسفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقة وأن يتصرف تصرفا لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغني واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن الفاحش في التجارات من غير محمدة وأصل المسامحات في التصرفات والبر والاحسان مشروع والاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم فهذا نص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر فان الولي هو الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر له وقوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل وهذا نص على اثبات الولاية على السفيه وأنه مولى عليه فلا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه وروي أن عبد الله بن جعفر كان يفني ماله في الجهاد والضيافات حتى اشترى دارا للضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك علي بن أبي طالب فقال لآتين عثمان ولاسألنه أن يحجر عليه فاغتم بذلك عبد الله وجاء الى الزبير فأخبره بذلك فقال أشركني فيها فأشركه ثم جاء علي الى عثمان رضي الله

عنهما

فانه يقف على اجازة الولي اذا تصرف الصبي العاقل أو المعتوه وكذا العبد المحجور اذا تصرف في هذه الاشياء يقف على اجازة المولى حتى يرى الولي أو المولى رأيه فيه ان رأى النفع في النقض نقض اه (قوله لان العبد مبقي الخ) وقال زفر لا يصح اقراره اذا كان محجورا عليه وجه قوله أنه لو صح يلزم منه اتلاف مال المولى فلا يصح كما لو أقر بدين ولنا أن العبد مبقي على أصل الحرية في حق الدم لان الرق ينافي مالكية غير المال لان كونه مملوكا باعتبار معنى المالية فيه لا باعتبار الآدمية والقصاص من خواص الآدمية وكذا ايجاب الحد فيصح اقراره بهما والدليل على أنه مبقي على أصل الحرية أن المولى لا يملك سفك دمه ولا يصح اقرار المولى بدمه ولان اقرار المحجور بدين انما لا يصح في حق المولى للتهمة في حق مولاه وليس بمتهم في هذا الاقرار لانه أقر بما يوجب العقوبة على نفسه وقول زفر منقوض باقراره بالردة فانه يقبل ويقتل وان لزم اتلاف مال المولى وينبغي أن يكون مراد القدوري في قوله وان أقر بحد أو قصاص لزمه فيما اذا كان كبيرا أما اذا كان صغيرا فلا لانه لا اعتبار لقوله لعدم القصد الصحيح اه اتقاني

عنهما فسأله أن يحجر عليه فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير وإنما قال ذلك لأن الزبير كان معروفا بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته أنه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب وأن عائشة رضي الله عنها كانت تصدق بمالها حتى روي أنها كان لها رباع فهمت ببيع رباعها للتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لأنهين عائشة عن بيع رباعها للتصدق أو لأحجرن عليها ولأن النظر له واجب حقا للإسلامه وليس من النظر أن يمكن من التصرف لا على وجه يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له وهو من جملة التعاون على البر فصار كالصبي بل أولى لأن الصبي إنما حجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق منه ولهذا يمنع ماله في الابتداء إجماعا بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد لأن ما منع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظرا له ولأبي حنيفة رحمه الله ما روى ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة رواه البخاري ومسلم وفي رواية غيرهما قيل له احجر عليه ولأنه عاقل كامل العقل ألا ترى أنه مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فإنهما ناقصا العقل ولهذا لم يكلفا فلا يمكن القياس عليهما ولو كان يحجر عليه نظرا له لكان رفع التكليف أنظر له فحيث كلفه الشارع يعلم أنه لم ينظر له فكيف ينظر له وهو كامل العقل والتقصير من جهته بسوء اختياره وقلة تدبيره مكابرا العقل ومتابعا الهواه ولأن في حجره إلحاقه بالبهائم وإهدار آدميته وهو أشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام يحجر عليه عنده وذلك كالحجر على المتطبب الجاهل بأن يسقيهم دواء مهلكا أو إذا قوي عليهم الدواء لا يقدر على إزالة ضرره وكالحجر على المفتي الماجن وهو الذي يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام أو تحريم الحلال وكالحجر على المكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكراء ويؤجر الجمال وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليها ولا له مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء إليه ويصرف هو ما أخذه منهم في حاجته فإذا جاء وقت الخروج يختفي فتذهب أموال الناس وتفوت حاجتهم من الغزو والحج لأن دفع الضرر العام واجب وإن كان فيه إلحاق الضرر بالخاص ولا يصح القياس على منع المال لعدم الاستواء لأن الحجر أبلغ في العقوبة من منع المال ومنع المال مفيد لأن أكثر ما يتلف بتصرفاته بأن لا يهتدي إليها السلامة قلبه فيغبن في البياعات فيخسر أو بالهبات والصدقات أو بأن يجمع أصحابه من أهل الفسق والشر ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في الإنفاق عليهم فإذا لم يسلم إليه ماله لا يتمكن من ذلك والمذكور في قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم أموالنا لا أموال السفهاء المراد بالآية أن نطعمهم ونكسوهم من أموالنا ولا نسلمه إليهم والمراد بالسفهاء الذراري من النساء والصبيان لأن النساء والصبيان إذا سلم إليهم المال ضيعوه هكذا قال ابن عباس وظاهر الآية يشهد لذلك حيث أضيف المال إلينا لا إلى السفهاء ولئن كان المراد أموالهم فيجوز أن يكون المراد بالسفهاء الصغار والمجانين فلا يلزم حجة مع الاحتمال وقوله تعالى ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا يدل على أن المراد بالآية الصغار لأن معنى الآية والله أعلم لا تأكلوا أموالهم تبادرون كبرهم مخافة أن يكبروا فلا يكون للأولياء عليهم ولاية بعد الكبر وهو البلوغ فتنتزع الأموال من أيديهم بالكبر وهذا يشهد لمذهب أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدل على زوال ولاية الولي بالكبر وكذا قوله تعالى فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا الآية يحتمل أن يكون المراد بهم الصبيان والمجانين لأن السفه هو الخفة لغة وذلك بنقصان العقل كالصبي أو بعدمه كالمجنون

(قوله ولأبي حنيفة ما روى ابن عمر الخ) قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة الكتاب والإجماع والمعقول ثم قال وأما الإجماع فهو أن السفيه إذا طلق أو أعتق أو تزوج تصح منه هذه التصرفات بالاتفاق وكذا إذا أقر على نفسه (١٩٣) بالحدود والقصاص صح بالاتفاق فلو كان محجورا عليه لم تصح تصرفاته أصلا لسلب ولايته فإذا صح تصرفه في النفس وهي الأصل وجب أن يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق الأولى بدلالة الإجماع وأما المعقول فنقول هذا حر مخاطب تصرف في خالص حقه على وجه التنفيذ ولم يتصل به حق أحد فوجب أن ينفذ تصرفه ولا يحجر قياسا على المصلح لماله وعلى الطلاق والعتاق والنكاح وعلى تصرف يتصل بنفسه من الإقرار بالحد والقصاص وذلك لأن كونه حرا مخاطبا دليل على كونه مالكا قادرا على التصرفات لأن الخطاب دليل اعتبار عقله والعقل دليل (قوله فقل لا خلابة) أي لا خداع وجاء في رواية فقل لا خيابة بالياء كأنها لثغة من الراوي أبدل اللام ياء اهـ ابن الأثير رحمه الله (قوله بخلاف المعتوه الخ) قال الاتقاني ثم اعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه اختلاف المشايخ فالقاضي أبو زيد مال إلى الوجوب وفخر الإسلام مال إلى السقوط اهـ تقدمت هذه الحاشية قبل هذه بستة قولات في قوله والمعتوه كالصبي الخ فانظره وقد نبه على هذه هنالك (قوله وكالحجر على المفتي الماجن) ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده والمفتي الجاهل وهما متقاربان لأن ضررهما عام اهـ اتقاني وكتب على قوله الماجن ما نصه قال في الجمهرة مجن الشيء يمجن مجونا إذا صلب وغلظ وقولهم رجل ماجن كأنه أخذ من غلظ الوجه وقلة الحياء وليس بعربي محض اهـ اتقاني

والصغير الذي ليس له تمييز أو نقول الآية تقتضي أن ينفذ تصرف السفيه فان الذي عليه الدين هو الذي لزمه بمداينة نفسه لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى ثم قال وليملل الذي عليه الحق يعني الحق الذي لزمه بتلك المداينة ثم قال فان كان الذي عليه الحق سفيها أي الحق الذي لزمه بمداينته والله أعلم فليملل وليه وهذا ظاهر على أن الدين لزمه بمعاملته ثم قد يعجز عن الاملال لعدم هدايته الى الحساب أو لقلة ممارسته بالاملال لانه يحتاج فيه الى فصاحة وتأليف كلام فيحتاج أن يملي عنه غيره باخباره هو واقراره على نفسه وأكثر الناس على هذا اليوم فان الذي عليه الحق لا يؤلف كلاما يمليه وانما يعلم ما عليه ثم يؤلف غيره من الكتاب وحديث عبد الله بن جعفر دليل لنا لان عثمان رضي الله عنه امتنع من الحجر عليه مع سؤال علي وكلام علي كان على سبيل التخويف له وحديث عائشة رضي الله عنها دليل لنا أيضا لان المبالغة قول ابن الزبير حلفت أن لا تكلم ابن الزبير أبدا فلو كان الحجر حكما شرعيا لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله فيما هو حكم شرعي وبهذا تبين أن ابن الزبير قال ذلك كراهة أن تفني مالها فتبتلي بالفقر فتصير عيالا على غيرها والمصير الى هذا أولى ليكون أبعد من نسبة السفه والتبذير الى الصحابة رضي الله عنهم أجمعين لاسيما مثل عائشة وهي أكرم أهل البيت المطهرين من الرجس رضي الله عنهم أجمعين وكيف يظن بهم التبذير والمبذرون اخوان الشياطين وما القائل لذلك الا مكابر نفسه وجاحد للنصوص وانما كان ذلك على سبيل الشفقة والنصح خوفا عليهم على ما ذكرنا وكان ذلك من عادتهم ألا ترى الى ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه قال ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة ولو كان الحجر مشروعا واجبا أو جائزا لحجر عليه وفيما روى أنس رضي الله عنه فأتى أهله النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله احجر على فلان فانه يبتاع وفي عقدته ضعف فدعاه فنهاه عن البيع فقال يا نبي الله اني لا أصبر عن البيع فقال ان كنت غير تارك للبيع فقل هاء وهاء ولا خلابة رواه أبو داود وأحمد وابن ماجه والدارقطني وصححه الترمذي وهذا تصريح بأن الحجر غير مشروع وأن نهيه عليه الصلاة والسلام كان على سبيل الشفقة عليه اذ لو كان عزيمة لما وسعه أن يقول لا أصبر عن البيع ولا كانت بياعاته تلزم وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن منقذا سفع في رأسه في الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه فكان اذا بايع يخدع في البيع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بايع وقل لا خلابة ثم أنت بالخيار ثلاثا قال ابن عمر فسمعته يبايع ويقول لا خلابة لا خلابة رواه الحميدي في مسنده فقال حدثنا سفيان عن محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر فذكره وعن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان رجلا قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه فكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال اذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال ان رضيت فأمسك وان سخطت فارددها على صاحبها رواه البخاري في تاريخه وابن ماجه والدارقطني هكذا ذكر في المنتقى ثم لو حجر عليه القاضي فرفع ذلك الى قاض آخر فرفع حجره وأطلق عنه جاز اطلاقه لان الحجر من الاول فتوى وليس بقضاء لان القضاء لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لاحدهما على الآخر ولم يوجد وقال صاحب الهداية ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء يعني حتى يلزم لان الاختلاف اذا وقع في نفس القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه وانما يصير مجمعا عليه أن لو كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فيتأكد أحد القولين بالقضاء فلا ينقض بعد ذلك وأما اذا كان الاختلاف في نفس القضاء فبالقضاء يحصل الاختلاف فلا بد من قضاء آخر ليصير مجمعا عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف وهذا معناه ولكن فيه اشكال هنا لان الاختلاف فيه موجود قبل القضاء فان محمدا رحمه الله يرى حجره بنفس

(قوله والمبذرون اخوان الشياطين) الذي بخط الشارح الشيطان اه (قوله وعن محمد بن يحيى بن حبان) بفتح أوله الانصاري الخزرجي اه وكتب ما نصه قال ابن حجر رحمه الله في الاصابة والحاصل أنه اختلف في القصة هل وقعت لحبان بن منقذ أو لابيه منقذ بن عمرو اه (قوله فلا بد من الامضاء) أي حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر أو الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به ولا يقبل النقض بعد ذلك اه هداية (قوله وهذا معناه) أي معنى قول صاحب الهداية اه (قوله فان محمدا رحمه الله يرى حجره بنفس السفه) كما سيأتي في الصفحة الآتية من الشرح اه قال الصدر الكبير برهان الدين الاجل صاحب المحيط الكبير عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل المعروف بمازه في طريقته المطولة الحجر على الحر العاقل البالغ السفيه المبذر لماله في الخير والشر غير جائز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ثم انهما اختلفا فيما بينهما في أن السفيه اذا بلغ يبلغ محجورا أو مطلقا قال محمد يبلغ محجورا ولا يحتاج الى حجر القاضي وقال أبو يوسف يبلغ مطلقا ويحتاج الى حجر القاضي وأجمعوا على أنه يمنع عنه المال الى أن يبلغ خمسا وعشرين سنة ثم اختلفوا بعد ذلك قال أبو حنيفة لا يمنع عنه ماله بعد خمس وعشرين سنة وقال أبو يوسف ومحمد يمنع عنه ما دام السفه قائما الى هنا لفظ الطريقة اه اتقاني

السفه ولا ينفذ تصرفه فانه أصلا فصار القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمد رحمه الله فيتأكد قوله بالقضاء بخلاف القضاء على الغائب فان الاختلاف فيه فى نفس القضاء هل يجوز أم لا فعندنا لا ينفذ وعند الشافعى رحمه الله يجوز فيحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء قال رحمه الله (فان بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ونفذ تصرفه قبله ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة مفسدا) أى ان بلغ خمسا وعشرين سنة دفع اليه ماله وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبدا لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ولقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم نهانا عن الدفع اليه ما دام سفيها وأمرنا بالدفع ان وجد منه الرشد اذ لا يجوز الدفع اليه قبل وجوده ولان منع ماله لعلة السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة لان الحكم يدور معها ولابى حنيفة رحمه الله قوله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب والمراد به بعد البلوغ سمى يتيما لقربه منه ولان أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لانه حال كمال لبه وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ينتهى لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال أهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى أنه قد بلغ سنا يتصور أن يصير جدا لان أدنى مدة يبلغ فيه الغلام اثنتا عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم الولد يبلغ فى اثنتى عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جدا حتى لو بلغ رشيدا ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله لان هذا السن بأثر الصبا فلا يعتبر فى منع المال ولان منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأدب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأدب فلا معنى لمنع المال بعده والمراد بما تلونا من الآية الاولى منع أموالنا لا أموالهم على ما بينا من قبل والآية الثانية فيها تعليق بالشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على أصلنا على ما عرف فى موضعه ثم لا يتأتى التفريع على قول أبى حنيفة رضى الله عنه وانما يتأتى على قول من يرى الحجر فعندهما اذا باع لا ينفذ بيعه لان فائدة الحجر عدم النفوذ وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لان تصرفه موقوف لاحتمال أن يكون فيه مصلحة فاذا رأى الحاكم فيه مصلحة أجازه والا رده كتصرف الصبى والمعتوه بل أولى لانه مكلف عاقل ينفذ تصرفه فيما يضره كالاعتاق والطلاق ولو باع قبل حجر القاضى عليه جاز عند أبى يوسف رحمه الله لان السفه ليس بشئ محسوس وانما يستدل عليه بالغبون فى تصرفاته وذلك محتمل لانه يجوز أن يكون للسفه ويجوز أن يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهزين فاذا تردد لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضى بخلاف الجنون والصغر والعته ولان الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه الا بالقضاء بمنزلة الحجر بسبب الدين ولان الحجر عليه نفسه متردد بين الضرر والنفع لان اهدار أهليته ضرر عليه وابقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليترجح أحد الجانبين على الآخر وعند محمد لا يجوز لان علة الحجر السفه وقد تحقق فى الحال فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا والجنون

(قوله حتى يحكم بجواز هذا القضاء) أى يحكم بجوازه قاض آخر اهـ (قوله فقد صار بذلك جدا) قال فى الهداية ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه قال الاتقانى أى ولاجل أن المنع باعتبار أثر الصبا قال أبو حنيفة اهـ قوله لا يمنع المال عنه أى خلافا لهما كما سيجىء آخر هذه الصفحة فى الشرح فى قوله وعلى هذا الخلاف اذا بلغ الخ اهـ وقد تأتى فى هذا المجرد بعد ثلاث قولات (قوله ثم لا يتأتى التفريع على قول أبى حنيفة) قال الاتقانى أراد بالتفريع الذى ذكره القدورى فى مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ بيعه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم وذلك لان أبا حنيفة لما لم ير الحجر جائزا نفذ بيع السفيه أجازه الحاكم أو لا وهما لما رأيا الحجر جائزا ورد التفريع على قولهما فانعقد بيع السفيه ولم ينفذ فان أجازه الحاكم نفذ كما فى بيع الصبى العاقل والا فلا وانما يجيزه اذا كان فى البيع منفعة فان لم يكن فى البيع منفعة بان كان فيه محاباة أو لم يكن فيه محاباة الا أن الثمن يهلك فى يد المحجور فانه لا يجيزه لانه لا منفعة للمحجور فى اجازة هذا البيع لان المبيع يزول عن ملكه بغير ثمن يحصل له وقت الاجازة كما أن الصبى اذا باع وفى البيع محاباة أو لم يكن فيه محاباة الا أن الثمن الذى قبضه يهلك فى يده لا يجيزه القاضى ولا نظر للصبى والمحجور فى الاجازة لانه لو لم يجز لم يضمن ما هلك من الثمن لانه قبض باذن المشترى ويحصل له المبيع ومتى أجاز يزول المبيع عن ملكه ولا يحصل له الثمن كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه اهـ اتقانى (قوله ولو باع قبل حجر القاضى الخ) قال الاتقانى قال فى اشارات الاسرار ثم عند محمد يصير محجورا بدون القضاء لان علة الحجر السفه وهى متحققة وقال أبو يوسف يتوقف على القضاء لانه بين سفه ورشد لانه لا يكابر فى جميع الاحوال ولكن فى حال دون حال فيتوقف على انضمام القضاء اليه والفرق لمحمد بين حجر السفيه حيث لا يتوقف الى قضاء القاضى وبين حجر المديون حيث يتوقف الى قضاء القاضى هو أن حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فأشبه المجنون وثمة يحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا هنا فأما الحجر بسبب الدين فليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضى لان له ولاية عليه فيعمل حجره اهـ (قوله لاستجلاب قلوب المجاهزين) بالزاى اهـ

(قوله وعلى هذا الخلاف الخ) يعنى ان عند محمد يحجر بمجرد السفه وعند أبى يوسف لا يحجر مالم يقض القاضى اه غاية هذه القولة التى نبهنا عليها عند قوله فقد صار بذلك جدا وذلك قبل ثلاث قولات (قوله وان أعتق عبدا عتق عندهما) قال الاتقانى وانما خص صاحب الهداية قول أبى يوسف ومحمد لانه فرع على أصلهما الا على أصل أبى حنيفة لان عند أبى حنيفة اعتاق السفيه كاعتاق المصلح لا سعاية على العبد عنده لان الحجر على السفيه المكلف باطل عنده وانما السعاية عليه عندهما فلهذا قال نفذ عتقه عندهما وكان على العبد أن يسعى فى قيمته ووجوب السعاية عليه عندهما ظاهر الرواية عنهما كذا ذكره الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ثم قال ذكر الطحاوى عن محمد الرجوع عن ذلك وقال ان العبد يعتق من غير سعاية ثم قال وهذا غير ظاهر اه اتقانى (قوله يسعى فى قيمته عند محمد وهو قول أبى يوسف الاول) وفى قول أبى يوسف الاخير وهو رواية عن محمد لا سعاية موافق لما مشى عليه فى المبسوط كما نبه عليه الكاكى اه (قوله لا تجب عليه السعاية مادام المولى حيا) أى لانه لا يمكن ايجاب السعاية على عبد له لعدم الفائدة لانه لو سعى له سعى له من كسبه وكسبه له اه اتقانى (قوله فعليه السعاية فى قيمته مدبرا) أى أو ورثته لانه صار معتقا اياه وهو مدبر بالكلام السابق وكذلك ان أعتقه بعد التدبير اه اتقانى (قوله وكان الولد حرا) أى فى
مهر
غير سعاية اه غاية (قوله وبطل الفضل) وهذا على مذهبهما لان عند أبى حنيفة تصرف السفيه المحجور عليه كتصرف المصلح فلا يبطل الفضل اه اتقانى

والجامع أن الحجر لمعنى فى نفسه والقضاء يكون عند الخصومة ولا خصومة لاحد هنا بخلاف الحجر بسبب الدين لانه لحق الغير حتى لا يتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى يحجروه والقاضى عليه ولاية فيتوقف على قضائه لتوقفه على طلبهم ألا ترى أنهم لو لم يطلبوا ذلك أو أبرؤه أو أوفاهم حقهم لا يحجر عليه وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان أعتق عبدا عتق عندهما وقال الشافعى رحمه الله لا يعتق وهذا بناء على الاختلاف فى كيفية حجره وعندهما هو كالهازل فان الهازل يخرج كلامه على غير نهج العقلاء لقصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا لنقصان فى عقله فكذا السفيه يخرج كلامه فى التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان فى عقله فكل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه وكل تصرف يؤثر فيه الهزل وهو مما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند الشافعى الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بالرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شئ من تصرفاته سوى الطلاق كالعبد واذا نفذ عندهما فعلى العبد أن يسعى فى قيمته عند محمد وهو قول أبى يوسف رحمه الله الاول لان الحجر على السفيه كالحجر على المريض فانه لاجل النظر لغرمائه وورثته ثم هناك اذا أعتق عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه أو لورثته فى ثلثى قيمته ان لم يكن عليه دين ولا مال له غيره لان الرد واجب لمعنى النظر وتعذر رده عينه فيجب نقضه معنى بايجاب السعاية فكذا هنا وفى قول أبى يوسف الاخير وهو رواية عن محمد رحمه الله ليس عليه سعاية لانه لو سعى يسعى لمعتقه والمعتق لا تلزمه السعاية لحق معتقه بحال وانما تلزمه السعاية لاجل غيره ولو دبر عبده جاز تدبيره لان التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا أنه فى التدبير لا تجب عليه السعاية مادام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير مال مملوك للمولى فيستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه باق على ملكه والمولى لا يستوجب على عبده دينا فتعذر ايجاب النقصان عليه ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب عليه المال فان مات المولى ولم يؤنس منه الرشد سعى فى قيمته مدبرا لانه بموت المولى عتق ولانه أعتقه فى حياته فعليه السعاية فى قيمته مدبرا لان العتق لاقاه مدبرا كما لو أعتقه بعد التدبير وان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة أم ولد له لان فى الحاقه بالمصلح فى حق الاستيلاد توفير النظر لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله وصيانة مائه ويلتحق فى هذا الحكم بالمريض المديون اذا ادعى نسب ولد أمته كان هو فى ذلك كالصحيح حتى انها تعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هى ولا ولدها فى شئ لان حاجته مقدمة على حق الغرماء بخلاف ما لو أعتقها من غير أن يدعى الولد ولو لم يكن معها ولد فقال هذه أم ولدى كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها فان مات سعت فى كل قيمتها بمنزلة المريض اذا قال لامته وليس معها ولد هذه أم ولدى وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها فى ابطال حق الغير وكذا فى رفع حكم الحجر فى تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لا شاهد لها فاقراره لها بحق العتق بمنزلة الاقرار لها بحقيقة العتق ولا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى فى قيمتها بعد موته كما لو أعتقها فى حال حياته وان تزوج امرأة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه فان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل لان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزمه منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته وما زاد عليه يلزمه بالتسمية وهو ليس من أهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى لان التسمية صحيحة فى مقدار

مهر المثل وكذا لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق عليه وعلى ولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه من ماله لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذي الرحم المحرم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى الا أن القاضي يدفع اليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته ويدفع القاضي معه أمينا كي لا يصرفها الى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة الى أمينه ليصرفها الى مستحقها لانه لا يحتاج فيها الى النية فاكتفى فيها بفعل الامين ولو حلف وحنث أو نذر نذرا من هدي أو صدقة أو ظاهر من امرأته لا يلزمه المال ويكفر يمينه وغيرها بالصوم لانه مما يجب بفعله ولو فتح له هذا الباب لبذر أمواله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتداء بغير فعله وان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة بايجاب الله تعالى ابتداء وليس له فيها صنع وفي الفرائض هو ملحق بالمصلح اذ لا تهمة فيه ولا يسلم القاضي النفقة اليه بل يسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في الطريق بالمعروف كي لا يبذر ولا يسرف ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا والقياس أن يمنع لانها تطوع فصارت كالحج تطوعا وجه الاستحسان أنها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطا بخلاف ما زاد على حجة واحدة ولا يمنع من القران لانه اذا لم يمنع من انشاء السفر لكل واحد منهما على الانفراد فلأن لا يمنع من الجمع بينهما في سفر واحد والمؤنة تقل فيه أولى وأحرى ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف فان ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز الا البدنة وان جنى في احرامه

(قوله أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وبهذا يبطل مذهبهما فانه يتسفه في هذا ويتصور السفه عادة من هذا الوجه ومع ذلك لا يحجران عليه ثم قال لكنهما يقولان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل به نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يحصل اليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور له المجاوزة عن حده والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بانه لا يمكن رده بعذر السفه لان طريق رده أن يلحقه بالهازل والهازل والحاذق في هذا سواء اه اتقاني (قوله الا أن القاضي الخ) قال الاتقاني الا أنه لا يدفع الزكاة الى السفيه حتى يؤدي بنفسه لانه ربما يفسد ذلك ولا يصرفه الى الفقراء ولكن يدفعه الى أمينه ثم يأمره المحجور بأن يصرفه الى الفقراء لان الزكاة لا تتأدى من غير نية اه (قوله ويبعث القاضي) الذي بخط الشارح ويدفع القاضي اه (قوله ويسلم القاضي النفقة) أي نفقة ولد السفيه وزوجته ومن يجب عليه نفقته اه (قوله ويكفر يمينه وغيرها بالصوم) يصوم عن كل يوم ثلاثة أيام متتابعات اه غاية وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله ثم عندهما الظاهر هذا المفسد من امرأته أجزأه الصوم لانه بمنزلة الغائب عن ماله ولو أعتق عبده عن ظهاره سعى الغلام في جميع قيمته لان اعتاقه من حيث انه اتلاف ماله واجب النقض ثم لا يجزيه عن ظهاره لانه يكون اعتاقا بعوض وكذلك عليه كفارة القتل بالصوم لما قلنا ألا ترى أن المريض المصلح لو أعتق عبده عن ظهار أو قتل ولا مال له غيره ثم مات في مرضه سعى الغلام في ثلثي قيمته ولم يجزه عن الكفارة للسعاية التي وجبت كذا هذا فان صام المفسد أحد الشهرين ثم صار مصلحا لم يجزه الا العتق بمنزلة معسر أيسر لانه لا يمنع عنه ماله حينئذ فصار قادرا على الاعتاق بلا سعاية قبل حصول المقصود بما جعل خلفا في الكفارة فبطل حكم الخلف كذا في شرح الكافي اه (قوله بل يسلمها الى ثقة) وهذا كما قال في زكاة المال انه يجب على السفيه الا أن الحاكم لا يعطيه الزكاة حتى يؤدي بنفسه كي لا يفسد ذلك فيقول ضاع مني فيطلب آخر ثم وثم حتى يأتي على ماله ولكن يدفع الى أمينه حتى يعطي الفقراء بأمره فكذلك هذا اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال الاتقاني ثم لا يصدق السفيه في اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا في أربعة أشياء في الوالد والولد والزوجة ومولى العتاقة لان السفيه والمصلح في حق اثبات النسب سواء والمصلح انما يصدق في اقراره بالنسب في الاربعة التي ذكرنا لانه يقر على نفسه فأما فيما عدا ذلك فلا يصدق لانه تحميل النسب على الغير فكذا هذا وان كانت المفسدة امرأة فانها تصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوج ومولى العتاقة ولا تصدق في الولد لانه تحميل النسب على غيرها في الولد وهي والمصلحة في ذلك سواء ثم اذا صدق في اقراره في حق هؤلاء ان ثبت عسر هؤلاء بالبينة فانه يجب النفقة في ماله وان لم يثبت عسرهم بالبينة ولكن السفيه أقر بعسرهم فانه لا تجب النفقة وذلك لان نفقة الاقارب انما تستحق بالقرابة والعسر فيضاف الاستحقاق الى آخرهما ثبوتا ومتى كان العسر ثابتا وآخرهما ثبوتا النسب فيكون مقرا بالنسب لا بالمال على نفسه واقراره بالنسب جائز فاذا أقر بالعسر بعد النسب يكون وجوب النفقة مضافا الى العسر واذا كان مضافا اليه فقد جعل مقرا بايجاب مال على نفسه لا بالنسب فلا يصدق وكذلك ان أقر لامرأة بنفقة ما مضى لم يصدق الا ببينة لان نفقة المرأة لا تصير دينا فيما مضى الا بقضاء أو رضا ولم يعرف ذلك الا بقوله فيصير مقرا بايجاب دين على نفسه فلا يصدق الا أن تقوم على ذلك بينة لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اه

(قوله قال محمد المحجور بمنزلة الصبي الخ) قال الاتقاني وقد اشتغل محمد رحمه الله في كتاب الحجر الى آخر الكتاب بالتفريع على مذهبه فقال هو بمنزلة الصبي الذي لم يبلغ اذا باع أو اشترى فأجازه الحاكم يجوز والا فلا لان تصرفاته ليست بباطلة بل هي موقوفة لاحتمال وقوعها مصلحة فاذا رأى القاضي وقوعها مصلحة يجيزها والا يردها بمنزلة الصبي الذي يعقل الا أنه يفارقه في خصال أربعة لا يجوز لوصيه ولا لابيه أن يبيع عليه ماله ولا يشتري له الا بأمر الحاكم وفي الذي لم يبلغ يملك ذلك وصيه وأبوه وهذا عندنا وقال الشافعي يملك عليه وليه التصرف لان الولاية للقريب فان لم يكن فللقاضي فنقول ان الولاية تثبت على العاجز وهذا قادر ولكن مع قدرته يمنع من التصرف تأديبا وتثقيفا وولاية التأديب تكون للقضاة والخصلة الثانية اذا أعتق عبدا جاز اعتاقه ويسعى في قيمته وكذا لو دبره يصح تدبيره ولو مات عنه يسعى في قيمته مدبرا واعتاق الذي لم يبلغ (١٩٨) لا يصح أصلا لعدم أهليته والخصلة الثالثة أن وصايا الغلام الذي قد بلغ مفسدا من التدبير وغيره باطلة قياسا ولكن نستحسن أن ما وافق الحق منها وما تقرب به الى الله تعالى وما يكون في غير وجه الفسق جائز كما تجوز وصية غيره وما يكون سفها لا يجوز وأما وصايا الذي لم يبلغ لا تجوز أصلا لان فساد ذلك لعدم الاهلية وفساد هذا السفه فما وافق الحق لا يوصف بالسفه فينفذ وما خالفه يرد والخصلة الرابعة اذا جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه وكانت الجارية أم ولد له فان مات كانت حرة لا سبيل عليها بخلاف الذي لم يبلغ لانه ليس من أهل الايلاد كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فأما شيخ الاسلام خواهرزاده ذكر في مبسوطه من جملة الخصال الاربعة النكاح والطلاق فقال يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل ويجوز طلاق السفيه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولم يذكر الوصايا وادعاء الولد فعلى هذا تكون الخصال التي افترق فيها صيانة السفيه والصبي ستة اه (قوله ومن الصبي لا تجوز) قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت فيه نظر على ما ذكر في المبسوط لكن ما ذكره الشارح موافق لما ذكر في كتب الاصول من عدم صحة وصيته عندنا خلافا للشافعي رحمه الله اه ما نقلته من خط قارئ الهداية وقال في معراج الدراية ثم اعلم أن عندنا كما تصح وصايا المحجور بالسفه تجوز وصايا الصبي اذا عقل ما يصنع فهما سواء في التصرفات الا في أربعة مواضع منها أنه يجوز للاب ولوصيه أن يتصرف في مال الصبي بالبيع والشراء ولا يجوز في حق السفيه البالغ وثانيها أنه يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل بلا اذن وثالثها أن طلاق السفيه وعتاقه يصح وفي الصبي العاقل لا يصح ورابعها يصح للسفيه تدبير عبده والصبي العاقل لا يصح الكل من المبسوط والمغني اه

ينظر ان كان جناية يجزي فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن أذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كان جناية لا يجزي فيها الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر الى أن يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالا أو العبد المأذون له في الاحرام وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة يلزمه بدنة ثم يتأخر الى أن يصير مصلحا وان أوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله ان كان له وارث وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز وصيته كما في تبرعاته حال حياته وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك في حياته فيما يتلف جميع ماله لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عن ماله وفيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل هذا اذا كانت الوصية منه موافقة لوصايا أهل الخير والصلاح نحو الوصية بالحج أو للمساكين أو بشيء من أنواع البر التي يتقرب بها الى الله تعالى ويستحسنه المسلمون كالوصية ببناء المساجد والاوقاف والقناطر والجسور وأما اذا أوصى بوصايا يستقبحها المسلمون فلا ينفذ قال محمد رحمه الله المحجور بمنزلة الصبي الا في أربعة أحدها أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور عليه باطل والثاني أن اعتاق المحجور وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ومن الصبي باطل والثالث المحجور عليه اذا أوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز والرابع جارية المحجور عليه اذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت قال رحمه الله (وفسق) أي لا يحجر عليه بسبب فسق وهو معطوف على قوله لا بسفه وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بسبب الفسق زجرا له وعقوبة عليه كالسفيه عنده فانه يحجر عليه زجرا له وعقوبة على اسرافه والفاسق أولى بذلك ولهذا لم يجعله أهلا للولاية والشهادة وعندهما حجر السفيه للنظر له صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم لان رشدا نكرة في سياق الشرط فتعم فتتناوله الآية لان الرشد المذكور في الآية الاصلاح في المال دون الاصلاح في الدين والاعتقاد ألا ترى أن الكافر لا يحجر عليه وأي فسق يكون أعظم منه ولو كان الفسق موجبا للحجر لحجر النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده على الكافر اذ هو أعظم وجوه الفسق ولا يخفى على أحد فساد هذا القول قال رحمه الله (وغفلة) أي لا يحجر على الغافل بسبب غفلته وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكنه لا يهتدي الى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر عليه كالسفيه

صيانة لماله ونظرا له ألا ترى أن أهل منقذ طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ولو لم يكن الحجر مشروعا لأنكر عليهم قلنا الحديث دليل لنا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم إلى ذلك وإنما قال له قل لا خلابة الحديث ولو كان الحجر مشروعا لأجابهم إليه وقولهم لم ينكر عليهم قلنا النفي لا يحاط بالعلم ولعله أنكر عليهم إلا أنه لم ينقل إلينا وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع فكم من واقعات لم تنقل إلينا بل الظاهر أنه أنكر عليهم وما نقل إلينا من عدم إجابته ومخالفته لهم بالفعل دليل عليه قال رحمه الله (ودين وإن طلب غرماؤه) أي لا يحجر عليه بسبب دين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن في الحجر إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم في ماله لأنه يحجر عليه ولأن البيع لا يجوز إلا بالتراضي بالنص فيكون باطلا قال رحمه الله (وحبس ليبيع ماله في دينه) لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وإيصالا للحق إلى مستحقه ولا يكون ذلك إكراها على البيع لأن المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان إن شاء ببيع ماله وإن شاء بسبب آخر فلا يكون ذلك إكراها على البيع عينا وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه يحجر عليه القاضي وباع ماله إن امتنع من بيعه وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالإقرار وبيعه بأقل من قيمته لما روي أن معاذا ركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ولأن في الحجر عليه نظرا للغرماء كي لا يلحقهم الضرر بالإقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من إنسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه أو بالإقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان ولأن البيع واجب عليه لإيفاء دينه حتى يحبس عليه فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة والإباء عن الإسلام قلنا التلجئة موهومة والواجب عليه قضاء الدين والبيع ليس بطريق معين لذلك بخلاف الجب والعنة والإباء لأن الواجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان فإذا امتنع الإمساك بالمعروف تعين الآخر والبيع غير متعين لقضاء الدين فلا ينوب القاضي فيه منابه كالمديون إذا كان معسرا فإن القاضي لا يؤجره ليقضي من أجرته الدين أو كانت امرأة لا يزوجها ليقضي دينها من مهرها والحبس ليقضي الدين من أي طريق شاء من استقراض واتهاب وسؤال صدقة وبيع ماله بنفسه لا البيع فقط ولأن بيع ماله لو جاز للقاضي لما جاز له حبسه لأن فيه إضرارا بهما بتعذيب المدين وتأخير حق الطالب بلا فائدة فيكون ظالما وبيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان بإذنه استعان بالنبي صلى الله عليه وسلم والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ أنه خالف أمر النبي صلى الله عليه وسلم حاشاه ولأن من شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولم يوجد الرضا فكان فعل الحاكم باطلا وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ونفسه لا تطيب بفعل القاضي بغير رضاه فصار كالإجارة والتزويج على ما ذكرنا قال رحمه الله (ولو ماله ودينه دراهم قضى بلا أمره) وكذا إذا كان كلاهما دنانير لأن للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضي أن يعينه قال رحمه الله (ولو دينه دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع في دينه) وهذا بالإجماع أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاستحسان والقياس أن لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا أن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض وجه الاستحسان أنهما متحدان جنسا في الثمنية والمالية ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة مختلفان في الصورة حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنه لا يجري بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لأن الأغراض تتعلق بصورها وأعيانها وليس للقاضي

(قوله لأن قضاء الدين واجب عليه) وإن كان له عقار يحبس لبيعه وإن كان لا يشتري إلا بثمن قليل اهـ قنية (قوله وقالا إذا طلب غرماء المفلس الخ) ولا يعمل الحجر فيما يحدث من المال بخلاف الحجر بسبب السفه حيث يعم الموجود والحادث اهـ فتاوى قرتاش في القضاء (قوله وهو أن يبيعه) أي بيع تلجئة اهـ اتقاني قال المطرزي التلجئة أن يلجئك أي يضطرك ويكرهك أمر إلى أن تأتي أمرا باطنه خلاف ظاهره اهـ اتقاني

الحاق الضرر بعضهم تمنع غرضه فى ملكه وأما النقود فوسائل لان المقصود فيها المالية دون العين فافترقا قال رحمه الله (ولم يبع عرضه وعقاره) أى لا يبيع القاضى عرض المدين وعقاره وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يبيع وقد بيناه ثم عندهما يبدأ القاضى ببيع النقود لانها معدة للتقلب ولا ينتفع بعينها فيكون بيعها أهون على المدين فان فضل شئ من الدين باع العروض لانها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر فى بيعها فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار لان العقار يعد للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه فلا يبيعه الا عند الضرورة وهذا نظير صرف الدين الى أموال الزكاة فانه يصرف أولا الى النقدين ثم الى العروض ثم الى الاهون فالاهون قضاء وهذا الذى ذكره هو احدى الروايتين عنهما وقال بعضهم يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم يبيع العقار فالحاصل أن القاضى نصب ناظرا فينبغى له أن ينظر الى المدين كما ينظر الى الدائن فيبيع ما كان أنظر اليه ويبيع ما يخشى عليه التلف أنظر له ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى لان به كفاية وقيل يترك له دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس وقالوا اذا كان للدين ثياب يلبسها ويكتفى بدون ذلك فانه يبيع ثيابه ويقضى الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقى مسكنا يكفيه وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله يبيع ما لا يحتاج اليه فى الحال حتى يبيع اللبد فى الصيف والنطع فى الشتاء وان أقر فى حالة الحجر بمال لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار به لغيرهم بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لانه فعل حسى والحجر لا يصح فى الافعال الحسية وهو مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الاقرار لان اعتباره شرعى فأمكن الحجر فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل أن يكون كاذبا فيرد اقراره للتهمة حتى لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضى بعلمه أو بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم فى يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده وينفق على المدين المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوى أرحامه من ماله لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء قال رحمه الله (وافلاس) أى لا يحجر عليه بسبب الافلاس بل يحبس حتى يظهر للقاضى أنه لا مال له فاذا ظهر له ذلك أخرجه من الحبس وقد ذكرنا الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره وما بين من يحبس فى كتاب القضاء ثم اذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرمائه بعد الاخراج بل يلازمونه عند أبى حنيفة رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم فى القوة ولو قدم البعض على البعض فى القضاء جاز لانه تصرف فى خالص ملكه ولم يتعلق لاحد حق فى ماله وانما حقه فى ذمته فله أن يؤثر من شاء من غرمائه ذكره فى النهاية وعزاه الى الذخيرة وذلك الى فتاوى النسفى ولا يمنعونه من التصرف والسفر حالة الملازمة ولا يجلسونه فى مكان لانه حبس بل يدور هو حيث شاء ويدورون معه لانه بذلك يتمكن من التحصيل لقضاء الدين والحبس غير مستحق عليه بعد اخراجه منه ولو دخل داره لحاجته قال فى الهداية لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة وقال فى الزيادات اذا لم يأذن له فى الدخول يحبسه على باب الدار ويمنعه من الدخول كى لا يختفى أو يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة وقال فى النهاية ليس لصاحب الحق أن يمنع الملزوم أن يدخل فى بيته لغائط أو غداء الا اذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا آخر لاجل الغائط فحينئذ له أن يمنعه من ذلك حتى لا يهرب وفيه اذا كان عمل الملزوم سقى الماء ونحوه ليس لصاحب الحق أن يمنعه من ذلك ولكن له أن يلزمه أو يلازمه نائبه أو أجيره أو غلامه الا اذا

(قوله ويترك عليه دست) أى بدلة اه والدست لفظ فارسى استعمله فقهاء بخارى وسمرقند فى كتبهم اه اتقانى (قوله وقيل يترك له دستان) نقل الاتقانى عن الفتاوى الصغرى المختار أن يبقى له دستين من الثياب ثم قال وقال الصدر الشهيد فى شرح أدب القاضى وقال بعضهم يترك دستا من الثياب ويبيع الباقى وهو مختار شمس الائمة الحلوانى وقال بعضهم يترك دستين وهو اختيار شمس الائمة السرخسى اه (قوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون) قال فى شرح الاقطع وهذا على قولهما اه اتقانى (قوله بخلاف ما اذا استهلك) أى المحجور الدين اه (قوله بل يحبس حتى يظهر للقاضى الخ) واذا قامت البينة على افلاس المحبوس لا يشترط لسماعها حضرة رب الدين لكنه اذا كان حاضرا أو وكيله فالقاضى يطلقه بحضرته وان لم يكن حاضرا يطلقه بكفيل اه قنيه (قوله بل يلازمونه الخ) ومن عليه دين مؤجل لا يمنع من السفر وان قرب حلوله اه مشتمل (قوله ولكن له أن يلزمه الخ) قال فى الواقعات رجل قضى عليه بحق لانسان فأمر غلامه أن يلازم الغريم فقال الغريم لا أجلس معه بل أجلس مع المدعى فله ذلك لانه ربما لا يرضى بالجلوس مع العبيد فيكون عليه فى ذلك زيادة ضرر اه اتقانى

كفاه نفقته ونفقة عياله وأعطاه فحينئذ كان له أن يمنعه عن ذلك لأنه لا ضرر على الملزوم في هذه الصورة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وقد ثبتت عسرته فوجب انظاره قلنا دينه ثابت في ذمته وذلك يجوز متابعته والآية توجب الانظار إلى الميسرة ونحن نقول به لأنه لا يطالبه بشيء من حقه حتى يثبت أنه قد حصل له مال وإنما يلازمه ليأخذ ما يحصل له من المال لأن المال غاد ورائح فيمكن أن يحصل له في كل ساعة وفي كل لحظة والملازمة لا تنافي النظرة إلى الميسرة ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق حقيقة إذ العدم لا يحاط بالعلم وإنما يثبت بالاستدلال على ظاهر حاله فيمكن أن يكون له مال قد أخفاه عن الغرماء لأن كثيرا من الناس يتزيون بزي الفقراء وهم أغنياء فيلازمونه لاحتمال أن يظهر لهم ماله وقوله إلا أن يقيموا البينة أن له مالا إشارة على أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار لأنها أكثر إثباتا لأنها تشهد بالوجود والأخرى بالنفي فالبينة المثبتة أولى من النافية وكان ينبغي أن لا تقبل النافية أصلا لما ذكرنا لكن قبلت استحسانا بعد الحبس لا قبله لأنها ترجحت بالانضمام إلى الحبس طمأنينة القلب فتقبل فيه احتياطا وإن قالوا إنه كثير العيال ضيق الحال كان شهادة بالإثبات فتقبل بلا شبهة وفي النهاية قال محمد رحمه الله للمدعي أن يحبسه في مسجد محلته وإن شاء في بيته لأنه ربما يطوف به في الأسواق والسكك من غير حاجة وفي ذلك ضرر للمدعى وفي رواية أخرى عنه لصاحب الحق أن يلزم مديونه المعسر حيث أحب من المصر وإن كان الملزوم لا معيشة له إلا من كديده لم يكن له أن يمنعه من الذهاب ومن أن يسعى في مقدار قوته يوما فيوما فإذا اكتسب ذلك في يومه فله أن يمنعه عن الذهاب في ذلك ويحبسه قال هشام رحمه الله سألت محمدا رحمه الله عن رجل أخرج من الحبس على تفليس فرأى محمد الملازمة مع التفليس وأشار إلى الحق فقلت لو لم يكن عنده شيء لا يعلم لنا به فقال هشام قلت له فإن كانت الملازمة تضر بعياله وهو ممن يكتسب في سقي الماء في طوفه قال آمر صاحب الحق أن يوكل غلاما له يكون معه ولا أمنعه عن طلب قدر قوت يومه ولعياله وكذلك إن كان يعمل في سوقه قال صاحب الهداية ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق والأشق عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخول داره وحده فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وهذا الذي ذكره يستقيم قبل الحبس وبعده لا يستقيم لأنه لا يحبسه مرة أخرى بعد ما أخرجه من الحبس وكان الكلام فيه ولو كان الدين لرجل على امرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالأجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها قال رحمه الله (وإن أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء) أي لو اشترى متاعا فأفلس والمتاع قائم في يده فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه مراده بعد قبض المشتري المتاع بإذن البائع وإن كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا إذا قبضه المشتري بغير إذنه كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن وقال الشافعي رحمه الله للبائع الفسخ وأخذ متاعه قبل القبض وبعده لحديث سمرة أنه عليه الصلاة والسلام قال من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به رواه أحمد وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره رواه مسلم والبخاري وجماعة أخر ولأن المشتري عجز عن تسليم أحد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كالعجز عن تسليم المبيع بالإباق ونحوه والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة وكالسلم فإنه إذا انقطع المسلم فيه يثبت لرب السلم خيار الفسخ وكون الثمن معقودا به لا معقودا عليه لا تأثير له في منع الفسخ ألا ترى أن المكاتب إذا عجز عن بدل الكتابة يتمكن المولى من فسخ الكتابة وبدل الكتابة معقود به كالثمن ولنا قوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة فاستحق النظرة إلى الميسرة بالآية فليس له أن يطالبه قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن وهذا لأن الدين صار مؤجلا إلى الميسرة

(قوله لا معيشة له إلا من كديده) قال ابن الأثير الكد الإتعاب يقال كد يكد في عمله كدا إذا استعجل وتعب اهـ

بتأجيل الشارع وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الاجل
فكيف يثبت له ذلك في تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيلهما ولان العقد يوجب ملك الثمن للبائع
في ذمة المشتري وهو الدين وذلك وصف في الذمة ولا يتصور فيه العجز ولا يتغير عليه موجب عقده أبدا
لان بقاء ذلك ببقاء محله وهو الذمة فصار كما اذا كان مليا وهو اذا عجز انما يعجز عن الايفاء والايفاء يقع بعين
بدلا عن الواجب بالعقد في الذمة فيكون عجزا عن غير ما وقع عليه العقد فلا يوجب فسخا وانما قلنا ذلك
لان ما وقع عليه العقد لا يتصور قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين ألا ترى أنه يجوز إسقاطه
بالابراء أو بالاستبدال والاعيان لا يجوز اسقاطها ولا استبدالها قبل القبض كما في المبيع عينا ودينا الا ان
المسلم فيه مبيع فجعل المقبوض عين ما كان في الذمة حكما للضرورة لان المبيع لا يجوز استبداله قبل
القبض ولا ضرورة هنا فكان المقبوض غير الواجب حقيقة فلا يكون العجز عنه عجزا عن موجب العقد
فلا يثبت له خيار الفسخ ولا حجة له فيما روى لان المذكور في الحديث الاول من وجد متاعه عند مفلس
بعينه فهو أحق به وفي الثاني من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره والمبيع ليس
بعين مال البائع ولا متاع له وانما هو مال المشتري اذ هو خرج عن ملكه وعن ضمانه بالبيع والقبض وانما
ماله بعينه يقع على المغصوب والعواري والودائع والاجارة والرهن فذلك ماله بعينه فهو أحق به من سائر
الغرماء والحديث ورد فيه وبه نقول وانما يكون هذا الحديث حجة له أن لو قال فأصاب رجل عين مال
قد كان له فباعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من سائر الغرماء وهو نظير ما روى عن
سمرة بن جندب أنه عليه الصلاة والسلام قال من سرق له مال أو ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو
أحق بعينه ويرجع المشتري على البائع بالثمن رواه الطحاوي باسناده فهذا الحديث يفيد أن جميع
ما وجد في يد المفلس يقسم بين غرمائه ما لم يظهر له مالك معين فاذا ظهر له مالك معين كان هو أولى به من
سائر الغرماء فان قيل روى هذا الحديث بالفاظ أخر فان أبا بكر بن عبد الرحمن قال ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم قضى بالسلعة يبتاعها الرجل فيفلس وهي عنده بعينها لم يقبض البائع من ثمنها شيئا فهو
أسوة الغرماء وان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء وعن أبي بكر المذكور أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال أيما رجل ابتاع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده
بعينه فهو أحق به فان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء فتبين بهذا الحديث أن المراد بالحديث
الاول الباعة دون غيرهم قلنا قال الطحاوي ان هذا الحديث منقطع فلا يقوم بمثله حجة وذكر
أنه مضطرب أيضا وبين وجه اضطرابه في الآثار فلا يجوز الاحتجاج به ولا يجوز أن يكون مبينا المراد
بالحديث الاول لانه يخالفه في المعنى وقوله عقد معاوضة فيقتضي المساواة قلنا يقتضي التسوية بينهما
في الملك وهو حاصل لكل واحد منهما ولئن سلمنا أنه يقتضي التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتأجيل
الى الميسرة فلا يبقى له حق الفسخ وقوله كالسلم الى آخره قلنا المسلم فيه مبيع فيه والعجز عن المبيع
يوجب خيار الفسخ لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد فيفوت به ما أوجبه العقد والدليل على أنه مبيع
عدم جواز الاستبدال به فصار العجز عن تسليمه كالعجز عن تسليم المبيع المعين بخلاف الدين فان العجز
عن تسليمه عجز عن تسليم ما لم يوجبه العقد لان ما أوجبه العقد وصف في الذمة والمقبوض غيره ألا ترى
أن عدم القدرة على ايفاء الثمن لا يمنع صحة العقد ابتداء فكذا بقاء لما ذكرنا فان قيل اذا اشترى بالفلوس
النافقة شيئا كانت الفلوس في ذمته وهي ثمن ثم إذا عجز عن تسليمها بالكساد انفسخ البيع فوجب أن
يكون هنا كذلك قلنا إن الفلوس اذا كسدت تغير موجب العقد فان العقد أوجب ملك فلوس في
الذمة ثمن وبعد الكساد لا تبقى بهذه الصفة فبطل أو نقول لما كسدت صارت عروضا والعروض لا تجب
في الذمة الا سلما فبطل بخلاف الدين بعد الافلاس والمكاتب اذا عجز تغير على المولى موجب العقد لان
موجبه ملك البدل للمولى عند حلول الاجل بالقبض وقبل القبض لا يملك شيئا لان المكاتب عبد والمولى

لا يستوجب دينا في ذمة عبده ولهذا لو كفل ببدل الكتابة انسان لا يصح و ينفرد العبد بفسخه فاذا عجز فات موجب العقد فيثبت للولي خيار الفسخ بخلاف الدين في ذمة المفلس فان العقد فيه أوجب ملك الثمن للبائع و بالافلاس لا ينعدم ذلك فصار كما لو كان مليا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال والا فحتى يتم له ثماني عشرة سنة والجارية بالحيض والاحتلام والحبل والا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة و يفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة سنة) وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي ورواية عن أبي حنيفة والاول قول أبي حنيفة رحمه الله وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد به أن يطعن في التاسعة عشرة فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم له ثماني عشرة سنة الا و يطعن في التاسعة عشرة وقيل فيه اختلاف الرواية حقيقة لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما الاحتلام فلما روي عن علي ابن أبي طالب كرم الله وجهه أنه قال حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوم الى الليل رواه أبو داود والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض يكون في أوان الحبل عادة فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأما السن فلهم ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني فالظاهر أنه عليه الصلاة والسلام لم يجزه الا لانه بالغ ولم يرده الا لانه لم يبلغ ولان بلوغهما لا يتأخر عنها عادة وهي احدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قال ابن عباس والقتبي وقيل اثنتان وعشرون سنة وفي قول عمر خمس وعشرون سنة وأقل ما قيل فيه ثماني عشرة سنة فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير أن الاناث نشوءهن وادراكهن أسرع فزدنا في حق الغلام سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي واحد منها يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه قال رحمه الله (وأدنى المدة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين) أي أدنى مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره ولا يعرف ذلك الا سماعا أو بالتتبع قال رحمه الله (فان راهقا) أي الغلام والجارية (وقالا قد بلغنا صدقا وأحكامهما أحكام البالغين) لانه أمر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض وغيره والله أعلم بالصواب

﴿كتاب المأذون﴾

قال رحمه الله (الاذن فك الحجر واسقاط الحق فلا يتوقت ولا يتخصص) هذا في الشرع لان العبد أهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن تمييز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق لانهما من كرامات البشر وهو بالرق لا يخرج من أن يكون بشرا الا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى كي لا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمته بالرق حتى لا يجب المال في ذمته الا وهو شاغل لرقبته فاذا أذن المولى فقد أسقط حقه فكان العبد متصرفا بأهليته

﴿فصل﴾ بلوغ الغلام الخ ﴿فرع﴾ وقال أصحابنا أما انبات العانة لا يدل على البلوغ خلافا للشافعي لانه نبات شعر من بدن الانسان فلا يستدل به على البلوغ كاللحية بل أولى لانه يمكن أن يتوصل باللحية الى معرفة البلوغ من غير ارتكاب محظور بخلاف العانة فانه إما أن ينظر اليها أو يمس فاذا لم تكن اللحية دليل البلوغ فالعانة أولى وما روي عن عطية القرظي قال عرضت يوم بني قريظة على النبي صلى الله عليه وسلم فقال أبصروه فان كان قد أنبت فاقتلوه فنظروا الى فوجدوني ما أنبت فخلوني في السبي لا حجة فيه للخصم لان أهل المغازي ذكروا أن سعدا حكم بذلك فيمن أنبت وروي أنه أمر بقتل من اخضر مئزره وهذا يزيد على الانبات لان اخضرار الازار يكون بنبات الشعر من السرة الى العانة وروي أنه أمر بقتل من جرت عليه المواسي وذكر في السير الكبير روي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب الى أمراء الاجناد أن اقتلوا من جرت عليه المواسي وهذا يقتضي تكرار الحلق بعد الانبات وهو خلاف ما يعتبره الخصم قال في شرح الطحاوي قبيل باب سجدة التلاوة وروي عن أبي يوسف في غير رواية الاصول أنه اعتبر نبات العانة وأما نهود الثدي فلا يحكم بالبلوغ به في ظاهر الرواية وقال بعضهم يحكم به وقال في الكشاف في تفسير سورة النور وعن علي أنه كان يعتبر القامة و يقدره بخمسة أشبار وبه أخذ الفرزدق في قوله

مازال مذ عقدت يداه ازاره * وسما فأدرك خمسة الاشبار

اهـ اتقاني (قوله و يفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة) أي فاذا تمت جاز طلاقه وان لم يحتلم اهـ اتقاني (قوله فلم يجزني) أي في المقاتلة اهـ غاية (قوله فأجازني) أي في المقاتلة اهـ غاية (قوله ولان بلوغهما لا يتأخر عنها) أي عن تلك المدة اهـ

الاصلية ولهـذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة ولا يتوقت بزمان ولا مكان ولا بنوع من التجارة كالمكاتب وعند زفر والشافعى رحمهما الله هو عبارة عن توكيل وانابة لانه يتصرف للمولى باذنه والمانع من التصرف هو الرق وهو باق بعد الاذن وثمرة الخلاف تظهر فى صحة التقييد عندهما حتى لا يجوز للعبد أن يجاوز ذلك عندهما كالوكيل لانه يتصرف للموكل فلا يملك الا ما أطلق له وعندنا يتصرف بأهلية نفسه لنفسه وانما يخلفه المولى فى الملك فقط لتعذر ثبوته له وفيما عدا ذلك هو كالحر لان المانع حق المولى وقد أسقطه والاسقاطات لا تقبل التقييد كالطلاق والعتاق وكما اذا رضى المستأجر ببيع عبد مستأجر من شخص بعينه دون غيره أو أسلم البائع المبيع الى المشترى قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر فيه تقييده لان ذلك منه اسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف اذن القاضى فانه بمنزلة الوكيل ذكره قاضيخان فى فتاواه ولا يقال هو ليس بأهل لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون أهلا لسببه وهو التصرف والسبب غير مشروع لذاته بل لحكمه فاذا لم يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعا كطلاق الصبى وعتاقه لانا نقول حكمه ملك اليد وهو أهل له كالمكاتب ولهذا يقدم فيه حاجته من قضاء دينه ونفقته وليس للمولى أن يأخذ الا ما فضل منه بخلاف المستشهد به فانه لا يثبت فيه حكم ما فى حق الصبى فلا يكون مشروعا ولا يقال لو كان اسقاطا لما ملك نهيه لانا نقول ليس باسقاط فى حق ما لم يوجد فيكون النهى امتناعا عن الاسقاط فيما لم يوجد * وهو فى اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت وشرطه أن يكون العبد ممن يعقل التصرف ويقصده والآذن ممن يملك التصرف بيعا واجارة ورهنا ونحو ذلك ولا يشترط أن يكون مالكا للرقبة حتى جاز الاذن من العبد المأذون والمكاتب والشريك مفاوضة وعنانا والاب والجد والقاضى والوالى وحكمه هو التفسير الشرعى وهو ما ذكرنا من فك الحجر قال رحمه الله (ويثبت بالسكوت إن رأى عبده يبيع ويشترى) أى يثبت الاذن للعبد بسكوت المولى عندما رآه يشترى ويبيع ولا فرق فى ذلك بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوى عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن ولو أمره المولى ببيع متاع غيره يصير مأذونا له ولو رأى عبده فى حانوته يبيع فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع ولو رأى المولى عبده يشترى شيأ بدراهم المولى أو دنانيره فلم ينهه يصير مأذونا له فان كان نقد الثمن من مال المولى كان للمولى أن يسترده ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو أن رجلا دفع الى عبد رجل متاعا له ليبيعه فباعه بغير اذن المولى فرآه المولى ولم ينهه كان مأذونا له فى التجارة ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع وتكلموا فى العهدة قيل ترجع الى الآمر وقيل الى العبد وقال زفر والشافعى لا يثبت الاذن بسكوت المولى عندما رآه يبيع أو يشترى لان سكوته يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يثبت بالشك ولان الاذن انابة فلا يثبت بالسكوت كما اذا رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته ولهذا لا يجوز ذلك البيع بدلالة الحال وهو السكوت فأولى أن لا يجوز به غيره من البياعات وكذا لو رأى القاضى الصبى أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لا يكون اذنا له فى التجارة مع أن له أن يأذن لليتيم والمعتوه اذا لم يكن له ولى ولعبدهما أو كان لكل واحد منهما ولى وامتنع من الاذن له عند طلبه منه ذلك وكذا سكوت المرتهن عندما يرى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضا فى رواية وكذا اذا رأى عبده يتزوج أو أمته تتزوج فسكت لا يكون اذنا منه بالزواج وكذا لو أتلف مال غيره وصاحبه يشاهده وهو ساكت لا يكون اذنا منه به حتى كان له أن يطالبه بالضمان قلنا ان هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا سكت دل على رضاه به فصار اذنا دلالة لاجل دفع الضرر عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه ولا افعله على

ما يقتضيه

(قوله ولا يتوقت بزمان الخ) حتى لو أذن لعبده يوما كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت اهـ هداية (قوله ومنه الاذان الخ) أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ أى شئ وفى الشرع الاطلاق فى حق التجارة باسقاط الحجر عنه كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه وأما ركنه فقول الرجل أذنت لك فى التجارة لان الاذن به يقوم وركن الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقد يكون الاذن دلالة بالسكوت عندنا خلافا لزفر والشافعى اهـ اتقانى (قوله وحكمه) قال الاتقانى وحكمه ملك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هذا أشار فى التحفة وذلك لان حكم الشئ ما يثبت بالشئ والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكما اهـ

مايقتضيه الشرع والعرف فصار كسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عند أمر يعاينه عن التغيير والانكار وكسكوت البكر والشفيع والمولى القديم عند ما يرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما اذا سكت عند ما يقسم الاجنبي يبيع ماله لانه وكيل والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا العبد وكيل في حق ما باعه من مال المولى لانه مالك الغير وهو المولى والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا اذن القاضي لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن اسقاطا لحقه وسكوت المرتهن اجازة في رواية فلا فرق بينهما والفرق على الأخرى أنا لو جعلناها اجازة يلزم المرتهن ضرر عظيم بخروج العين من يده واقامة الثمن مقامه في جعله رهنا وهو في الذمة ولا يعرف هل يحصل أو يتوى عليه فلا يلحقه هذا الضرر الا بالتصريح منه وهذا هو الجواب في تزوج العبد والامة وفي اتلاف مال الغير لان للمولى وصاحب المال فيه ضررا محضا فلا يلزمه بدون التزامه صريحا بخلاف ما نحن فيه فانه لا ضرر فيه في الحال وفي المآل جانب النفع راجح لان ما يلزمه من الديون لا يلزمه الا بعوض وجانب تحصيل الربح أرجح ولان العبد في النكاح وكيل عن المولى لان المولى يملك أن يعقد عليه بغير اختياره ولهذا اذا أذن له بالتزوج لا يكون مأذونا له حتى لا يملك أن يتزوج الا واحدة لان التوكيل لا يتعمم ولا يثبت بالسكوت بخلاف البيع قال رحمه الله (وان أذن له عاما الا بشراء شئ بعينه يبيع ويشتري) يعني لو أذن له مولاه اذنا عاما بأن قال له أذنت لك في التجارة ولم يقيده بشراء شئ بعينه ولا بنوع من التجارة جاز له التصرف في جميع التجارات يبيع ويشتري لان اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات وأما اذا أمره بشراء شئ بعينه كالطعام والكسوة لا يكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لانسد على المولى باب الاستخدام وعلى هذا لو أمره ببيع ثوب بعينه لا يكون مأذونا له وكذا لو قال له آجر نفسك من فلان لانه أمره بعقد واحد فيكون استخداما بخلاف ما اذا قال له آجر نفسك من الناس أو اقعد صباغا أو خياطا أو قصارا أو قال أد الي ألفا وأنت حر حيث يكون اذنا له لانه أمره بعقود متعددة فيدل ذلك على الاذن وكذا اذا قال له أد الي كل شهر كذا أو كل يوم كذا كان مأذونا له لانه لا يتوصل الى أدائه الا بالتكسب وذلك بالتجارة لا بالتكدي والفاصل بينهما أنه اذا أذن له بعقود متكررة كان مأذونا له كقوله اشتر ثوبا وبعه أو بع ثوبي هذا واشتر بثمنه وان أذن له بعقد واحد ولم يوجد فيه ما يدل على الاذن لم يكن مأذونا له عادة وقوله أد الي ألفا وأنت حر بمنزلة قوله ان أديته الي فأنت حر ولو أعطاه راوية وبغلا وقال استق عليه وبع الماء من الناس كان اذنا له لانه أمره بالتكسب وذلك بالاذن ولو غصب العبد ثوبا فأمره مولاه ببيعه كان اذنا له لانه لا يمكنه حمله على الاستخدام لعدم الملك فيتعين الاذن ولو أمره بنوع من التجارة كان اذنا في الجميع وكذا اذا قيده بوقت أو بمعاملة شخص لا يتقيد به عندنا وفيه خلاف زفر والشافعي بناء على أنه توكيل عندهما وعندنا اسقاط وقد بيناه

(قوله في المتن وان أذن له عاما الخ) قال في تحفة الفقهاء الاذن نوعان خاص وعام أما الاذن الخاص كان يقول لعبده اشتر بدرهم لحما أو اشتر كسوة لنفسك أو لفلان فاشتراه فانه يجوز ويكون مأذونا في ذلك خاصة والقياس أن يكون مأذونا في الانواع كلها لان الاذن بالتصرف لا يتجزأ وفي الاستحسان يقتصر على ما أذن لان هذا من باب الاستخدام ولو تعدى الاذن الى غيره ولم يكن من قصد المولى أن يكون مأذونا في التجارات لا يقدر على الاستخدام وأما الاذن العام كان يقول أذنت لك في التجارات أو في التجارة يصير مأذونا في الانواع بلا خلاف أما اذا أذن في نوع بأن قال اتجر في البز أو في بيع الطعام أو نحو ذلك يصير مأذونا في أنواع التجارات عندنا وعند الشافعي يقتصر على ما سمى وكذلك اذا قال اقعد في الخرازة أو في الصياغة يصير مأذونا في جميع أنواع الحرف وكذلك اذا قال أذنت لك أن تتجر شهرا أو سنة يصير مأذونا في جميع الاوقات ما لم يحجر عليه حجرا عاما وكذا اذا قال اتجر في البز ولا تتجر في الخز لا يصح نهيه ويعم الاذن النوعين وغيرهما والمسئلة معروفة أن الاذن تمليك التصرف أو اسقاط الحق وفك الحجر الى هنا لفظ التحفة اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال برهان الدين الاجل الصدر الكبير صاحب المحيط عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل المعروف بمازه في طريقة الخلاف المأذون في نوع يصير مأذونا في الانواع كلها وقال الشافعي وزفر لا يصير مأذونا الا فيما نص عليه وما هو من ضروراته وصورته رجل قال لعبده تصرف في الخز وسكت أو قال تصرف في الخز ولا تتصرف في البز عندنا يملك التصرف في الخز والبز جميعا وعندهما لا يملك الا في الذي نص عليه اهـ اتقاني (قوله لا يكون مأذونا) وفي القياس يكون مأذونا له لانه اذن في التجارة غاية ما في الباب أنه خص والتخصيص لا يعمل في الاذن عندنا وجه الاستحسان الضرورة والضيق على الناس لانه لو جعل مأذونا له بهذا القدر لضاق الامر على الناس ووقعوا في حرج لانه لو ثبت كونه مأذونا له بالاذن في شراء بجد أو بقل بفلس لصح اقراره حينئذ على نفسه بمال عظيم حيث يتوى بذلك رقبته وكسبه فلا يتجاسر أحد بعد ذلك على استخدام المملوك خوفا من ذلك فتتعطل مصالحهم فلهذه الضرورة لم يجعل الاذن في كل شئ اذنا عاما بل جعل ذلك استخداما وتوكيلا اهـ والحاصل أنه متى فوض اليه عقودا مكررة كان ذلك اذنا في التجارة لان الربح يحصل بالعقود المكررة وان فوض اليه عقدا واحدا لا يتكرر كان استخداما ولم يكن اذنا في التجارة اهـ اتقاني رحمه الله

ثم اذا صار مأذونا له فى جميع التجارات كان له أن يبيع ويشترى وان كان فيه غبن فاحش عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بمحاباة لا يتغابن الناس فى مثله لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصى والقاضى من مال الصغير والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز وهذا لان المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده لانه اتلاف ولابى حنيفة رحمه الله انه تجارة لا تبرع لانه وقع فى ضمن عقد التجارة والواقع فى ضمن الشئ كان له حكم ذلك الشئ وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال ولهذا تجرى فيه أحكام البيع فى الكل كوجوب الشفعة وجواز المرابحة وقد فك عنه الحجر فى حق التجارة فيتناول الجميع كفك الحجر بالاعتاق بخلاف الهبة لانها ليست بتجارة وبخلاف الاب والوصى والقاضى لان تصرفهم مقيد بالأنظر ولا يلزم من صحته من الصبى بعد الاذن أن يصح منهم كالاقرار بالدين وحق الورثة تعلق بالمالية فليس له أن يبطله ولهذا لا يملك بالغبن اليسير أيضا فلا يصح الاستدلال به ولان البيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب المجاهزين ويبيع بغبن فاحش فى صفقة ويربح فى أخرى وعلى هذا الخلاف بيع الصبى والمعتوه المأذون لهما ولو مرض العبد المأذون له وحابى فيه يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فمن جميع ما بقى بعد الدين لان الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال المولى بمنزلة الوارث لانا نقول رضى بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا أسقط حقه من الثلثين فان تصرف المريض ينفذ فى الكل بخلاف غرمائه على ما يجىء لانهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا تنفذ محاباته فى حقهم وان كان الدين محيطا بما فى يده يقال للمشترى أد جميع المحاباة والا فرد المبيع كما فى الحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان كان المولى مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرفات المولى بنفسه لان المولى باستدامة الاذن بعد ما مرض أقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرفه والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء حتى لا ينفذ الكل الا من الثلث قال رحمه الله (ويوكل بهما) أى يجوز له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين قال رحمه الله (ويرهن ويسترهن) لانهما من توابع التجارة لانهما ايفاء واستيفاء ويتقرر ذلك بالهلاك قال رحمه الله (ويستأجر ويضارب) لانه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة أخذا ودفعا وكذا الاجارة بأن يؤجر غلمانه أو يستأجر أجراء

(قوله وان كان فيه غبن فاحش الخ) قال الاتقانى فأما اذا باع بالمحاباة الفاحشة ابتداء فانه يجوز عند أبى حنيفة لان الوكيل بالبيع يملك البيع بالغبن الفاحش عنده فلأن يملك المأذون له ذلك أولى لان تصرفه ليس بسبيل النيابة بل بأهلية نفسه لنفسه ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى اهـ والحاصل ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى قال شراء العبد المأذون وبيعه بما يتغابن الناس فيه جائز حالا أو آجلا أو سلما فى قولهم جميعا وكذلك بما لا يتغابن الناس فيه فى قول أبى حنيفة رحمه الله ان كان عليه دين أو لم يكن ولا يجوز فى قول أبى يوسف ومحمد لانه بمنزلة الهبة ولا تجوز هبته ولا صدقته وكذا كل من لا تجوز هبته مثل المكاتب والصبى أو المعتوه يأذن له أبوه فى التجارة فهو على هذا الاختلاف اهـ اتقانى رحمه الله مع حذف قال فى الحقائق فى كتاب المأذون فى باب أبى حنيفة واذا باع من الاجنبى بالكثير من المحاباة لا يجوز أصلا عندهما وان بلغ الاجنبى الثمن الى تمام القيمة وباليسير يجوز فلا يؤمر بازالة المحاباة عندهما من المحيط والهداية اهـ (٢٠٦) (قوله ولا يلزم من صحته من الصبى بعد الاذن الخ) قال الاتقانى ووجه قول أبى حنيفة أنه مأمور بالبيع والشراء فيملك كل ما هو مسمى بهذا الاسم جريا على قضية اطلاق اللفظ ولا يجوز تقييده بالغرض لان اعتبار نص الكلام أولى من اعتبار الدلالة على أنا لا نسلم مخالفة من الغرض فان التاجر فى العادات كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل الى غرض لا طريق له الا ببيع ما عنده وعسى لا يشترى ما عنده بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون عنده ثمن ما يريد تحصيله فتمس حاجته الى بيع ما عنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح عليه وهذا معهود بين التجار اهـ اتقانى (قوله ولو مرض العبد المأذون له) أى مرض الموت اهـ (قوله هذا اذا كان المولى صحيحا) قال الشيخ قوام الدين هذا اذا حابى المأذون فى مرض موته والمولى صحيح أما اذا حابى فى مرض موت المولى فبيانه ما قال فى شرح الكافى قبل هذا الباب واذا أذن الرجل لعبده فى التجارة ثم مرض المولى فباع العبد بعض ما كان من تجارته أو اشترى شيأ فحابى فى ذلك ثم مات المولى ولا مال له غير العبد وما فى يده فجميع ما فعل العبد من ذلك بما يتغابن الناس فيه وما لا يتغابن فيه جائز فى قول أبى حنيفة رحمه الله من ثلث مال المولى لانه يتصرف بتسليط المولى وانه يلاقى حق المولى فيجعل ذلك محاباة منه وهو مريض فيجعل منه وكذلك على قولهما فيما يتغابن الناس فيه وكذلك ان كان على العبد دين يحيط برقبته وبما فى يده لان حال العبد لم يتغير انما تغير حال المولى فكان وصية منه بعد الدين من الثلث فان كان على المولى دين يحيط برقبته وبما فى يده ولا مال له غيره لم يجز من محاباة المولى شئ لان الوصية مؤخرة عن الدين ويقال للمشترى فانقض البيع وان شئت فأد المحاباة كلها ولو كان الذى حاباه العبد بعض ورثة المولى كانت المحاباة باطلة فى جميع الوجوه لان هذا وصية من المولى كذا فى شرح الكافى اهـ اتقانى

وله أن يدفع الارض مزارعة و يأخذها وساقاة لان كل ذلك من عمل التجار قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر ربه وله أن يشترى طعاما و يزرعه فيها و يستأجر البيوت والحوانيت و يؤجرها لما فيها من تحصيل المال قال رحمه الله (و يؤجر نفسه) وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يؤجر نفسه لان الاذن لا يتناول التصرف في نفسه ولهذا لا يكون له أن يبيع نفسه ولا يرهنها فكذا منافعه لان المنافع تابعة للنفس ولنا أن الاجارة تجارة وهو تصرف على غير نفسه اذ هي بيع المنافع دون النفس فيملكه وانما لا يجوز بيع نفسه لانه يبطل الاذن أصلا لانه ينحجر به بخلاف الاجارة ولا يلزم من امتناع جواز بيع النفس امتناع الاجارة ألا ترى أن الحر لا يملك بيع نفسه و يملك اجارتها وأقرب منه المكاتب بل هو نظيره فانه يملك اجارة نفسه ولا يملك بيعها والرهن يوجب الحبس على الدوام الى قضاء الدين بغير بدل يقابله فيفوت به غرض المولى وهو التحصيل فلا يملكه و يشارك شركة عنان لانه من صنيع التجار لانه طريق لتحصيل الربح وليس له أن يشاركه مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها لكونها تبرعا قال رحمه الله (و يقر بدين وغصب و وديعة) لان الاقرار من توابع التجارة لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله أحد فلا بد من قبول اقراره فيما هو من باب التجارة والاقرار بالدين منه وكذا بالغصب لان ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا لانه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب التجارة ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين كان شريكه طالبا به وكذا لو اشترى جارية شراء فاسدا فأقر أنه وطئها يجب عليه العقر في الحال لان لزومه باعتبار الشراء اذ لولاه لوجب الحد دون العقر بخلاف ما اذا أقر بوطء جارية بالنكاح حيث لا يظهر وجوب العقر في حق المولى وانما يؤاخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب التجارة ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين لم يلزم شريكه واقراره بالوديعة من باب التجارة لانه لا يجد بدا منه فكان من توابعه ولوازمه ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في المرض قدم غرماء الصحة كما في حق الحر فحاصله أن ما يكون من باب التجارة من ديونه يصح اقراره به صدقه المولى أو كذبه وما لا يكون من باب التجارة لا يصدق فيه الا بتصديقه لانه فيه كالمحجور عليه و يبطل اقراره للزوج والولد والوالدين عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل من هؤلاء قال رحمه الله (ولا يتزوج) لانه ليس من باب التجارة ولان فيه ضررا على المولى بوجوب المهر والنفقة في رقبته قال رحمه الله (ولا يزوج مملوكه) وقال أبو يوسف رحمه الله يزوج الامة دون العبد لان فيه تحصيل المنفعة وهو تحصيل المهر وسقوط النفقة فأشبه اجارتها ولهذا جاز للمكاتب ووصي الاب والاب ولهما أن الاذن تناول التجارة والتزويج ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد بخلاف المكاتب والاب والوصي لان المكاتب يملك الاكتساب وذلك لا يختص بالتجارة وكذا الاب والجد والوصي ولان تصرفهم مقيد بالانظر للصغير وتزويج الامة من الانظر وعلى هذا الخلاف الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عنانا ومفاوضة وجعل صاحب الهداية الاب والوصي على هذا الخلاف وهو سهو فانه ذكر المسئلة بنفسه في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيهما خلافا بل جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة كتب أصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة قال رحمه الله (ولا يكاتب) لانه ليس من باب التجارة

(قوله وله أن يدفع الارض مزارعة و يأخذها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في أول كتاب المأذون الكبير ويتقبل الارض و يأخذها مزارعة كما يأخذ الحر لان أخذ الارض مزارعة ان كان البذر من قبله فهو استئجار الارض وان كان من قبل رب الارض فهو اجارة نفسه وانه يملك كلا الوجهين وليس له أن يدفع طعاما الى رجل ليزرعه اذ لك الرجل في أرضه بالنصف لان هذا يصير قرضا وليس له القرض لان القرض تبرع وانه لا يملك التبرع ولو فعل مع هذا أشار هنا أن الخارج يكون للزارع حيث جعله قرضا ولو أقرضه تنصيصا فالجواب هكذا أن الخارج يكون للزارع لانه ملكه بحكم القرض وقد ذكر في المزارعة أن الحر لو دفع بذرا الى آخر ليزرعه في أرضه بالنصف ففعل يكون الخارج لصاحب البذر وعليه أجر مثل عمله وأرضه قيل في المسئلة روايتان في رواية المزارعة الخارج لصاحب البذر وفي رواية المأذون الخارج للزارع ودفع البذر يحتمل الوجهين الاقراض واستئجار العامل والارض ان دفع البذر ليزرعه له فقد أبقاه على ملكه فيكون العامل عاملا له بشرط النصف فيكون استئجارا له ولارضه وان دفع البذر ليزرع العامل لنفسه يكون اقراضا له ففي رواية اعتبر القرض وفي رواية اعتبر الاستئجار وروى محمد بن سماعة عن أبي حنيفة ان دفع البذر اليه وقال لتزرع لي أو أطلق يكون الخارج له فان قال لتزرع لنفسك يكون الخارج للزارع فمسئلة الكتاب على هذا اه اتقاني (قوله لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله أحد) قال الكرخي واذا أقر العبد بجناية على عبد أو حر أو بمهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو وجب عليه بشبهة نكاح فاقراره باطل لا يلزمه حتى يعتق فان صدقه المولى جاز عليه ولم يجز على الغرماء وان قامت على العبد بينة بذلك وأنه تزوج امرأة باذن مولاه لزمه المهر تحاص به المرأة الغرماء الى هنا لفظه رحمه الله اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا أقر بوطء جارية بالنكاح) أي بغير اذن المولى اه اتقاني (قوله كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة) أي وأحكام الصفار وما ذكر في المكاتب أصح لانه موافق لعامة

الروايات وفي الكافي يحتمل أن يكون في المسئلة روايتان وقال الامام الاخسكتي أو يحمل ما أطلق في المكاتب على ما ذكر ههنا أو يجعل في المسئلة روايتان اه كاكي (قوله وعلى قول من يتأتى هذا) قلت يتأتى على قول أبي حنيفة الاول فقد قال الشارح رحمه الله فيما سيأتي عند قوله وان لم يحط صح أي وان لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعليق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن اه

اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم تكن من باب التجارة ولان الكتابة أقوى من الاذن لان الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل والاذن لا يوجب شيأ من ذلك والشئ لا يتضمن ما هو فوقه الا اذا أجازه المولى ولم يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه فاذا أجازه زال المانع فينفذ وهذا لما عرف أن كل عقد موقوف وله مجيز حال وقوعه يجوز باجازته فتكون الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم ليس للعبد أن يقبض البدل لانه نائب عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته لان الوكيل سفير ومعبر فلا تتعلق به حقوق العقد كالنكاح بخلاف المبادلة المالية وذكر في النهاية أنه لو كان على العبد دين قليل أو كثير فكتابته باطلة وان أجازها المولى لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل أو كثر وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تتصور هذه المسئلة وعلى قول من يتأتى هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة رحمه الله يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع ولو أدى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة ثم أجاز المولى لا يعتق وسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده قال رحمه الله (ولا يعتق) لانه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع وان أجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز وكان قبض العوض اليه ان كان العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على أنه يملك ما في يده أم لا قال رحمه الله (ولا يقرض) لانه تبرع ابتداء وهو لا يملكه قال رحمه الله (ولا يهب) لانه تبرع محض وسواء كان بعوض أو بغير عوض لانه تبرع ابتداء أو ابتداء وانتهاء قال رحمه الله (ويهدي طعاما يسيرا ويضيف من يطعمه) لان التجار يحتاجون اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين وروي أنه عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المملوك والمراد به المأذون له لان المحجور عليه ليس له أن يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الاذن وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا دفع اليه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا دفع اليه قوت شهر لانهم اذا أكلوه يتضرر به المولى ولا يمكن أن يقدر للضيافة تقدير لانه يختلف باختلاف المال وغيره وقالوا في الهدية ليس له أن يهدي الا الشئ اليسير من المأكول وليس له أن يهدي الدراهم ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها بشئ يسير كرغيف ونحوه بدون استطلاع رأي الزوج لان ذلك مأذون فيه عادة وما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال عام حجة الوداع لا تخرج المرأة من بيت زوجها فقيل له والطعام فقال عليه الصلاة والسلام الطعام أفضل أموالكم المراد به المدخر كالحنطة ودقيقها وأما غير المدخر فلها أن تتصدق به على العادة الجارية بين الناس والاب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة قال رحمه الله (ويحط من الثمن بعيب) لانه من صنيع التجار وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب بخلاف الحط من غير عيب أو الحط أكثر من العادة لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة اليه بخلاف المحاباة ابتداء لانه قد يحتاج اليه التاجر على ما بيناه وله أن يؤجل في دين وجب له لانه من عادات التجار

لكن التفريع على القول المرجوع عنه مع عدم التنبيه على ذلك مما لا ينبغي اه (قوله وسلم المقبوض للمولى) قال الاتقاني ولا يملك الاعتاق على مال أيضا لانه اذا لم يملك الكتابة لانها ليست بتجارة فلأن لا يملك الاعتاق على مال لهذا المعنى أولى لانه تصرف ضار لان فيه ازالة الملك في الحال بدين في ذمة المفلس فلعله يحصل ولعله لا يحصل وفي الكتابة لا يزول الملك ما لم يوجد أداء جميع بدل الكتابة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم اه (قوله وكان قبض العوض اليه) والحاصل أن المأذون يفعل ما كان من صنيع التجار وما لا فلا ولهذا لا يكفل بنفس ولا مال ولا يقرض ولا يعتق على مال الا اذا أجاز المولى ولا دين عليه فان كان عليه دين يجوز باجازة المولى ويضمن المولى قيمته للغرماء اه اتقاني (قوله ولا يمكن أن يقدر للضيافة تقدير) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في كتاب شرح المأذون الكبير من الاصل لم يقدر محمد في الكتاب مقدار ما يتخذ من الضيافة أنه بأي قدر يتخذ الا أنه روي عن محمد بن سلمة أن ذلك على قدر مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة عشرة دراهم كان يسيرا اه اتقاني وكتب ما نصه قال في الفتاوى الصغرى العبد المأذون يملك التبرعات اليسيرة حتى يملك التبرع بما دون الدرهم ولا يملك التصدق بالدرهم ويملك اتخاذ الضيافة والاهداء وليس هذا عقدا بدرهم بل ما يعده التجار سرفا ويملك الذي لا يعدونه سرفا في المأكولات حتى لا يملك الاهداء في غير المأكولات اه اتقاني (قوله لا تخرج المرأة من بيت زوجها) كتب الشيخ الشلبي رحمه الله ههنا ملحقا ما نصه بغير اذنه اه نهاية شرح الهداية (قوله وله أن يؤجل في دين وجب له لانه الخ)

قال رحمه الله (ودينه متعلق برقبته يباع فيه ان لم يفده سيده) وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته و يباع كسبه بالاجماع لهما أن رقبته ليست من كسبه فلا تباع في دينه كسائر أموال المولى وهذا لان رقبته ملك المولى فلا يتعلق بها الدين الا بتعليقه ولان غرضه بالاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال كان فلا يكون مشروعا أصلا ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات ولان بيعه بالدين كان جائزا حين كان يباع الحر بالدين على ما روى أنه عليه الصلاة والسلام باع رجلا يقال له سرق في دينه فانتسخ في حق الحر فيبقى في حقه على حاله لعدم المانع وفي تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصود المولى لان المعسر الذي ليس له مال لا يعامله أحد خوفا من توى مالهم فلا يحصل غرضه واذا تعلق برقبته يعامل فيحصل غرضه وينتفي الضرر عنه بدخول ما اشتراه العبد في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما جميعا ويبدأ بالكسب لانه أهون على المولى مع ايفاء حق الغرماء وعند انعدامه يستوفي من الرقبة دفعا للضرر عن الغرماء ولا يعجل القاضي بيعه بل يتلوم لاحتمال أن يكون له مال يقدم عليه أو دين يقتضيه فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين وقد نظر للمولى بالتلوم فوجب النظر للغرماء بالبيع ثم بيع القاضي هذا العبد مجمع عليه بين أصحابنا غير زفر وان كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى بيع القاضي مال المفلس ولا يرى الحجر على المكلف والفرق له أنه انما امتنع بيع القاضي مال المفلس لان بيعه يؤدي الى الحجر عليه وهو لا يرى حجر المكلف فامتنع لذلك وأما العبد المأذون له فان المولى محجور عليه عن بيعه قبل ذلك لانه لا يملك بيعه بعد ما تعلق برقبته الدين لما فيه من ابطال حق الغرماء فلا يكون محجورا عليه ببيع القاضي ولهذا المعنى يبيع القاضي كسب العبد أيضا والمراد بالدين ما ظهر في حق المولى وأما ما لم يظهر في حقه فلا يباع العبد به ولا يطالب به الا بعد الحرية قال رحمه الله (وقسم ثمنه بالحصص) أي بين الغرماء لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصصون في الاستيفاء من البدل كما في التركة ويشترط لبيع العبد نفسه أن يكون المولى حاضرا لان المولى هو الخصم في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان ولا يكون العبد فيه خصما ولبيع كسبه لا يشترط حضور المولى ويشترط حضور العبد لان العبد هو الخصم في كسبه ألا ترى أنه اذا ادعى كسبه كان هو الخصم فيه قال رحمه الله (وما بقي طولب به بعد عتقه) أي ما بقي من الدين بعد ما اقتسم الغرماء ثمنه يطالب به بعد الحرية ولا يطالب به للحال لان دينهم ثابت في ذمته ولم يستوفوا الكل منه لان رقبته لم تف به فيبقى دينهم على حاله في ذمته فيستوفونه اذا قدر على ايفائه ولا يقدر الا بعد العتق لانه لا يمكن بيعه ثانيا ولا استسعاؤه لان المشتري يتضرر بذلك ولانه لو علم المشتري أنه يباع عليه ثانيا أو يستسعى يمتنع من شرائه فيؤدي الى امتناع البيع بالكلية فيعود الضرر على غرمائه فلا يشرع ولان الغرماء بالخيار ان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا باعوه فاذا باعوه لم يبق لهم تعلق به لان من خير بين شيئين أو بين أشياء فاختار أحدها بطل خياره في غيره وليس له الجمع بين الكل ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذي باعه الغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لان هذا ملك جديد بسبب جديد

ولو صالحه على أن يؤخر عنه بعضه ويحط عنه بعضه كان الحط باطلا والتأخير جائزا لان الحط تبرع والتأخير وان كان تبرعا لكنه من صنيع التجار فأشبه الضيافة والهبة اليسيرة اه غاية (قوله في المتن يباع فيه) لكن لا بد من حضرة المولى وفي بيع كسبه يشترط حضرة العبد لا المولى وتمامه في الكفاية اه من خط شيخنا المقري رحمه الله وسيأتي في كلام الشارح في الصفحة الآتية في الشرح اه (قوله في المتن ان لم يفده سيده) أي بجميع دينه اه كفاية (قوله فلا تباع رقبته الخ) قال في طريقة (٢٠٩) البرهانية وأجمعوا على أن الرقبة تباع في دين الاستهلاك (قوله ويباع كسبه) أي في الدين اه (قوله ظهر وجوبه) أي على العبد اه (قوله في حق المولى) أي للاذن منه اه (قوله سرق) قال في الاصابة في حرف السين سرّق بضم أوله وتشديد الراء بعدها قاف وضبطه العسكري بتخفيف الراء وزان غدر وعمر وأنكر على أصحاب الحديث تشديد الراء ويقال اسم أبيه أسد صحابي نزل مصر ويقال كان اسمه الحباب فغيره النبي صلى الله عليه وسلم وعن زيد بن أسلم قال رأيت رجلا شيخا بالاسكندرية يقال له سرّق فقلت ما هذا الاسم قال سمانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم اه مع حذف وذكر في الاصابة في الكنى في ترجمة أبي عبد الله القيني ما نصه أخرج الطبراني من طريق ابن لهيعة عن بكر بن سوادة عن الجيلي عن أبي عبد الرحمن القيني أن سرقا اشترى من رجل برا قدم به فتقاضاه فتغيب عنه ثم ظفر به فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال له بع سرقا قال فانطلقت به فساومني به أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام ثم بدا لي فأعتقته اه وقال في مجمع البحرين وسرق مثال زمج من الصحابة وهو سرق بن أسد كان اسمه الحباب فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سرقا اه وفي المجمع في باب الجيم والزمج مثل الخرد اسم طائر يقال له بالفارسية دره براذران اه وفي المغرب وسرق على لفظ جمع سارق اسم رجل وهو الذي باعه رسول الله صلى الله عليه وسلم في دينه وهو حر اه (قوله الذي باعه للغرماء) أي لاجل الغرماء اه

(قوله وقال زفر لا يتعلق الخ) قال الامام علاء الدين العالم فى طريقته قال علماؤنا رقبة العبد المأذون تباع بدين التجارة وقال الشافعى لا تباع ثم قال فيما على هذا الخلاف ارش يد العبد وما اكتسبه العبد من الصيد والحطب والحشيش عندنا يصرف الى الدين وعنده لا يصرف وقال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره فى باب الدين يلحق المأذون فى التجارة قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ما يلحقه من دين من شراء أو بيع أو استئجار استأجره أو غصب أو وديعة أو مضاربة أو بضاعة أو عارية مجحودة (قوله ويسلم للمولى الخ) قال الاتقانى قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده فى شرح المأذون الكبير قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد اذا أذن الرجل لعبده فى التجارة فاكتسب مالا فأخذه المولى منه هل يجب على المولى ردّ مثله على العبد أو ردّ عينه اذا لم يستهلكه فهذا على وجهين إما أن يكون على العبد دين أو لم يكن فان لم يكن عليه دين فانه لا يلزمه ردّ شئ على العبد وان لحق العبد دين بعد ذلك وان كان عليه دين وقت الاخذ كان عليه أن يردّ عين ما قبض الى العبد ان كان قائما بعينه وان استهلكه ردّ عليه مثله اه (قوله استحسانا) قال الاتقانى وجه الاستحسان أن المولى انما لا يملك أخذ كسب عبده المديون اذا لم يعط العبد بازاء ما أخذ عوضا يعدله فاما اذا أعطى بازاء ما أخذ عوضا يعدله فانه يملك ذلك ألا ترى أنه لو اشترى شيأ من كسبه بمثل قيمته وعليه دين جاز ذلك لانه أخذه بعوض يعدله فاذا ثبت هذا نقول غلة المثل أخذها بعوض وهو ما ترك على العبد من الاستخدام فانه كان للمولى أن يستخدم عبده المديون فاذا أخذ منه غلة المثل فقد ترك عليه الخدمة فكان آخذا ما أخذ بعوض يعدله فصح أخذه بخلاف ما زاد على غلة المثل لانه أخذه بغير عوض وانما كان للمولى استخدام عبده المأذون لانه ان كان للغرماء فى هذا العبد حق فللمولى فيه ملك فاذا كان مشتركا بين اثنين لا يبطل حق المولى فاذا كان مجرّد حق فأولى أن لا يبطل حق المولى فى الخدمة اه منهم

(قوله وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه) وهذا فى الحجر القصدى أما اذا ثبت الحجر ضمنا فلا يشترط علم أهل سوقه كما فى عزل الوكيل حكما اذا باع المأذون أو وهبه من رجل فقبضه الموهوب له يحجر حكما ولا يشترط علم أحد اه اتقانى (قوله ولو حجر عليه بحضرة الاقل الخ) قال الاتقانى فاذا باع العبد المأذون له فى التجارة واشترى فلحقه دين أو لم يلحقه ثم أراد مولاه أن يحجر عليه فليس يكون الحجر الا فى أهل سوقه ولو حجر عليه فى بيته ثم باع العبد أو اشترى وهو قد علم بذلك فبيعه وشراؤه جائز

وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كأنه عبد آخر ولانهم لما اختاروا البيع بطل اختيار غيره على ما بينا ولانهم لما باعوه ملكوا السعاية للمشترى الاول عما أخذوا منه من الثمن وهو ملكه من المولى الاول فقام مقامه فلا يكون لهم الرجوع عليه كما لا يكون لهم الرجوع على المشترى الاول وفى نفقة الزوجة يباع مرارا كلما انفدت لان النفقة تتجدد ساعة فساعة فتكون دينا حادثا بعد البيع ويتعلق دين الغرماء بجميع ما فى يده من المال المكتسب بعد الدين وقبله بأى سبب كان وقال زفر لا يتعلق دينه الا بما اكتسبه بطريق التجارة ولا يتعلق بما وهب للعبد أو تصدّق به عليه لان وجوب الدين عليه بسبب التجارة فما كان من كسب تجارته يتعلق به الدين لاتحاد السبب وما لم يكن من كسب تجارته فهو كسائر أموال المولى قلنا حق العبد مقدّم على حق المولى فانه لا يأخذ من كسبه الا الفاضل منه لان العبد من أهل الاستحقاق فلا يسلم للمولى الا بشرط الفراغ عن حاجة العبد لان العبد ليس بأهل للملك فيخلفه كالميت يخلفه وارثه بشرط الفراغ عن حاجته ولا فرق فى ذلك بين أن يكون مكتسبا بطريق التجارة أو غيرها كتركة الميت ويسلم للمولى ما أخذه من العبد قبل لحوق الدين لانه حين أخذه منه كان فارغا عن حاجته فيخلص له بمجرّد القبض ولو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر الغلة قبل لحوق الدين كان له أن يأخذ بعد لحوقه غلة مثله استحسانا والقياس أن لا يجوز له ذلك لان حق الغرماء مقدّم فى كسبه على المولى وجه الاستحسان ان فى أخذ الغلة منفعة للغرماء فانه يتركه على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم يأخذ يحجر عليه فينسدّ عليهم باب الاكتساب فكان ما يأخذه من الغلة كتحصيل الكسب لهم فلا يمنع منه الا اذا أخذ منه أكثر من غلة مثله فيستردّ منه الزيادة لانه لو مكن من ذلك لم يحصل غرض الغرماء فلم يكن فى أخذه فائدة لهم فيؤخذ فيه بالقياس فيمنع فيقدّم فيه حقهم قال رحمه الله (ويحجر بحجره ان علم به أكثر أهل سوقه) وقال الشافعى رحمه الله حجره صحيح وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه وهذا بناء على أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل وان لم يعلم عنده وعندنا لا ينعزل حتى يعلم وكذا لا يشترط لصحة الحجر أن يعلم العبد نفسه عنده وعندنا يشترط هو يقول ان المولى تصرف فى خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره ولنا أن حجره عليه لو صح بدون علمهم لتضرروا به لانه ان اكتسب شيأ فالمولى يأخذه وان لحقه دين يقيم البينة أنه كان حجر عليه قبله فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وليس بمحقق لا يدرى أيعتق أم لا ومتى يعتق فيكون غارّا لهم فلا يكون محجورا عليه حتى يعلموا دفعا للضرر عنهم ويكتفى بعلم أكثر أهل سوقه والقياس أن لا يكتفى الا بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم وجه الاستحسان أن إعلام الكل متعذر أو متعسر وفيه حرج وهو مندفع فيكتفى بالاكثر لان الاشتهار وهو المقصود يحصل بذلك ولو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر محجورا عليه حتى لو بايعه من علم

(قوله كما يبقى الوكيل على وكالته الخ) ولو خرج العبد الى بلد للتجارة فأتى المولى أهل سوقه فأشهدهم أنه قد حجر عليه والعبد لا يعلم بذلك لم يكن حجرا عليه لان الاصل فى الاذن والحجر هو العبد وانما ثبت حكمه فى حق غيره تبعا ولم يثبت حكمه فى حقه لعدم العلم فكذا فى حق غيره ألا ترى أن هذا بمنزلة العزل فى حقه وحكم العزل يتقف على العلم واذا باع بعد ذلك أهل سوقه أو غيرهم فهو جائز لان حكم الاذن قائم وان علم العبد بذلك بعد يوم أو يومين فهو محجور عليه لان الحجر صحيح الا أنه لم ينفذ لعدم العلم حتى لا يؤدى الى الغرور فيه فاذا علم بمنزلة عزل الوكيل وما اشترى وما باع قبل أن يعلم به فهو جائز لان حكم الحجر مقصور على العلم اه اتقانى وكتب ما نصه واذا أشهد المولى أهل السوق أنه قد حجر على عبده وأرسل اليه رسولا أو كتب اليه كتابا فبلغه الكتاب أو أخبره الرسول فهو محجور عليه لان العلم قد وقع به لان قول الرسول كقول المرسل وكذلك الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وسواء كان

الرسول عدلا أو غير عدل لان الرسول ينقل كلام المرسل ولو أخبره بذلك رجل لم يرسله مولاه لم يكن حجرا فى قول أبى حنيفة حتى يخبره رجلان أو رجل عدل يعرفه العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان أخبره بذلك رجل أو امرأة أو صبى أو عبد صار محجورا عليه بعد أن يكون الخبر حقا واذا أذن الرجل لعبده فى التجارة فاشترى وباع وهو لا يعلم باذن المولى ولم يعلم به أحد فهو ليس بمأذون ولا يجوز شئ من ذلك لان الاذن لا يسمى اذنا بدون العلم فلو أمر المولى قوما أن يبايعوه فبايعوه والعبد لا يعلم بالاذن كان شراؤه وبيعه جائزا هذا رواية المأذون وفى رواية الزيادات لا يجوز وقال فخر الاسلام فى باب بيع الاب والوصى من زياداته رجل قال لرجل بع عبدى هذا من ابنى فلان بكذا فذهب فباعه فان أخبر الابن بذلك صار مأذونا وصح البيع وان لم يخبره حتى باعه منه لم يصح وكذلك لو قال اذهب فاشتر عبدا ابنى منه بكذا وذكر فى كتاب الوكالة فى موضع كذا وقال فى موضع يصح اه اتقانى وكتب أيضا ما نصه واذا أذن المولى لعبده فى التجارة فلم يعلم بذلك أحد ولم يبع ولم يشتر حتى حجر عليه بعلم منه غير محضر من أهل سوقه فهو حجر عليه لان هذا الاذن خاص ورد عليه حجر خاص فعمل فيه وهذا لانا لو قلنا باعماله فيه لا يؤدى الى الغرور بأحد ولو علموا بذلك قبل أن يقول حجرت كان الحجر باطلا حتى يحجر فى أهل سوقه لانه صار عاما ولو لم يعلم به أحد غير العبد ثم حجر عليه والعبد لا يعلم به فاشترى وباع كان مأذونا والحجر باطل لان حكم الحجر لا يلزمه الا بالاذن اه اتقانى (قوله وائن سلمنا الخ) وبعض مشايخنا جوزوا ابتداء الاذن للآبق ولم يجوزوا ابقاء الاذن فيه واليه ذهب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وصححه صاحب الهداية اه اتقانى

منهم ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما صار مأذونا له فى حق من لم يعلم صار مأذونا له فى حق من علم أيضا لان الاذن لا يقبل التخصيص على ما بينا أو نقول ان الحجر لا يتجزأ كما لا يتجزأ الاذن لانه ضده فكان كل واحد منهما لا يقبل التخصيص فترجح جانب الكثرة فيكون الحكم له لان الاكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الاحكام لا سيما فى موضع الاشتهار لانه من الاكثر يحصل الاشتهار حتى يستوعب الكل ولهذا اكتفى بتبليغ الرسالة الى الاكثر حتى لا يعذر أحد بعد ذلك بالجهل بأحكام الشرع بل يلزمه بعد الاسلام وان كان جاهلا بها بخلاف ما اذا كان فى موضع لم تبلغه كدار الحرب ويبقى العبد مأذونا له الى أن يعلم بالحجر كما يبقى الوكيل على وكالته حتى يبلغه العزل ولانه لو انحجر من غير علمه لتضرر بتصرفه بعد الحجر وبلزوم قضاء ما لزمه به بعد الحرية من خالص ماله وهو لم يرض به وانما يشترط أن يكون الحجر شائعا فيما اذا كان الاذن شائعا أما اذا لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم العبد صار محجورا عليه لعدم الاضرار بأحد قال رحمه الله (وبموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتدا) أى يصير محجورا عليه بهذه الاشياء علم العبد أو لم يعلم لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء كأنه يأذن له ابتداء فى كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه فى كل ساعة فتركه على ما كان عليه كانشاء الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية فى تلك الحالة كما يشترط فى الابتداء وقد زالت الاهلية بالموت والجنون وكذا باللحاق لانه موت حكما حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه فى ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط فيه علمه ولا علم أهل سوقه لان الحجر حكمى فلا يشترط فيه العلم كانعزال الوكيل بهذه الاشياء وبافتراق الشريكين وكما اذا أخرجه المولى عن ملكه وكالشركة المفاوضة تبطل بملك أحدهما ما لا تصح فيه الشركة وتصير عنانا وان كان أحدهما لا يملك ابطالها والمراد بالجنون المطبق وقد ذكرناه فى الوكالة والاختلاف فيه قال رحمه الله (وبالاباق) أى وبالاباق أيضا يصير محجورا عليه حكما حتى لا يشترط أن يعلم أهل سوقه كما فى الجنون وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يكون محجورا عليه بالاباق لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن ألا ترى أنه اذا أذن لعبده المحجور عليه الآبق صح وجاز للعبد أن يتجر اذا بلغه فلأن لا يمنع بقاءه وهو دونه أولى فصار كما اذا غصب وهذا لان صحة الاذن باعتبار ملك المولى وقيام رأيه ولم يختل ذلك باباقه فكيف يصير محجورا عليه بخلاف ما اذا جن المولى واخواته على ما بينا ولنا أن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه دلالة والحجر مما يثبت بالدلالة كالاذن والاباق يمنع الابتداء عندنا على ما ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده فلنا أن نمنع ولئن سلمنا

فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها وأما الغصب فان كان المولى يتمكن من أخذه بان كان الغاصب مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة يمكنه أن ينتزعه من يد الغاصب و ينتزع كسبه فيجوز أن يأذن له ابتداء فكذا بقاء دلالة وان كان لا يتمكن من أخذه بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن للمالك بينة يمتنع الاذن ابتداء فكذا بقاء لعدم ما يدل عليه ولو عاد من الاباق فالصحيح أن الاذن لا يعود قال رحمه الله (والاستيلاد) أي الامة المأذون لها تصير محجورا عليها باستيلادها المولى وقال زفر رحمه الله لا تصير محجورا عليها وهو القياس لان المولى اذا أذن لام ولده ابتداء يجوز فكذا بقاء وجه الاستحسان أن العادة جرت بتحصين أمهات الاولاد وأنه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه كما قلنا بخلاف ما اذا أذن لام ولده صريحا لان الصريح يفوق الدلالة فكان أولى بالاخذ به ونظيره اذا قدم مائدة لانسان يكون اذنا منه بالاكل حتى حل له التناول ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل لا تعتبر الدلالة قال رحمه الله (لا بالتدبير) يعني المأذون لها لا تصير محجورا عليها بالتدبير لان العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت اذ لا تنافي بين حكمي التدبير والاذن لان حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المآل وحكم الاذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فكذا الحجر قال رحمه الله (وضمن بهما قيمتهما للغرماء) أي ضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتهما لانه أتلف بالتدبير والاستيلاد محلا تعلق به حق الغرماء لانه بفعله امتنع بيعهما وبالبيع يقضي حقهم قال رحمه الله (وان أقر عما في يده بعد حجره صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله سواء أقر بأنه أمانة عنده أو غصب أو أقر بدين فيقضيه منه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يصح اقراره وهو القياس لان المصحح لاقراره هو الاذن وقد زال بالحجر ويده على أكسابه قد بطلت بالحجر لان يد المحجور عليه غير معتبرة فصار كما اذا أخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع ونحوه أو كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر فأقر بعد الحجر بدين آخر أو كان الذي في يده من المال حصل له بعد الحجر بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا يصح اقراره في حق رقبته بعد الحجر عليه حتى لا تباع رقبته بالدين بالاجماع ولا يلزم على هذا عدم أخذ المولى ما أودعه عبده الغائب المحجور عليه لان منع المولى من أخذه هنالك فيما اذا لم يعلم أنه كسب العبد حتى اذا علم أنه كسبه كان له أن يأخذه ووجه الاستحسان أن المصحح للاقرار قبل الحجر عليه هو اليد ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر عليه فيما أخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ ما في يده من الاكساب عن حاجته واقراره دليل على تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يده قد زالت عنه ويد المولى ثابتة فيه حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وبخلاف اقراره بعد ما باعه المولى من غيره لانه بالدخول في ملك غيره صار كعين آخر لما عرف أن تبدل الملك كتبدل العين فصار اقراره كاقرار عبد آخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما أخرجه من يده وبخلاف ما اذا كان عليه دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه لان حق أصحاب الديون تعلق بما في يده فلا يقبل اقراره في ابطال حقهم فيقدمون على المقر له كالمريض يقر بدين وعليه دين في صحته فان اقراره لا يقبل في حق غرمائه فيقدمون عليه وبخلاف ما اكتسبه بعد الحجر لان حقهم لم يتعلق به لما أن حق الغرماء لم يتعلق بكسب المحجور عليه وبخلاف رقبته لانها ليست في يده ولان ملك المولى في الرقبة ثابت حتى ينفذ فيها اعتاقه وان كان على العبد دين مستغرق فلا يملك ابطاله بخلاف ما في يده من الاكساب فان المولى لا يملكه اذا استغرقه الدين ويد العبد فيه ثابتة حقيقة ولو ارتفعت لارتفعت حكما للحجر وشرط ارتفاعه بالحجر أن لا يكون عليه دين ألا ترى أن المولى ممنوع عن ابطال يد العبد ما دام عليه دين حتى يوفيه ولما كان شرط ولاية ابطال يد العبد عدم الدين لا يحكم بنفاذ الحجر في حق زوال يد العبد عما في يده ما لم يثبت عدم الدين بدليله ولا يكتفى بثبوت عدم الدين لعدم دليل وجوده كمن قال لعبده ان لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم لم يعتق اذا ادعى المولى الدخول وان كان الاصل عدم الدخول

وهو

(قوله فيجوز أن يأذن له الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فان باعه رجل ثم اختلفا فقال المولى كان آبقا وقال الذي باعه لم يكن آبقا لم يصدق المولى على اباقه الا ببينة لانه يدعي الحجر بعد الاذن ولان الظاهر يشهد للآخر لان الغالب في العبيد الانقياد والطاعة دون التمرد فان أقام المولى البينة انه أبق منه الى موضع كذا وأقام الذي باعه البينة ان المولى أرسله الى ذلك الموضع ليشتري فيه ويبيع فالبينة بينة الذي بايع العبد أيضا والقياس أن تكون البينة بينة المولى لانه هو المدعي ألا ترى أن القول قول الآخر ولكن نقول بأن بينة الذي بايع العبد أكثر اثباتا لانه يثبت طاعة العبد وكونه مأذونا ظاهرا وفي الحقيقة غرضه اثبات استحقاق رقبته بالدين والمولى يثبت الاباق ظاهرا وفي الحقيقة غرضه نفي الاستحقاق والبينات حجة للمدعي فكان قبول بينة من هو مدع من كل وجه أولى اهـ اتقاني (قوله فالصحيح أن الاذن لا يعود) أي لانه زال ولاية البيع بالاباق فيصير عاجزا ولو زال ولاية البيع بزواله عن ملكه ولو زال ولاية بيع المولى بزوال ملكه ثم عاد العبد الى قديم ملكه لا يعود مأذونا فكذا هذا اهـ اتقاني

وهو ثابت لعدم دليل الدخول لان عدمه لما جعل شرطا لثبوت العتق لم ينفذ العتق بالعدم الثابت لعدم دليل الوجود فكذا هذا وهو الذي يقوله الفقهاء الظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع وهو استصحاب الحال واذا لم يثبت الحجر بقى هذا العبد في حق ما في يده بقى الاذن على حاله في حقه كأنه لم يحجر عليه قال رحمه الله (ولا يملك سيده ما في يده لو أحاط دينه بماله ورقبته فبطل تحريره عبدا من كسبه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده من كسبه وينفذ عتقه في عبده ويغرم قيمته للغرماء لانه يملك المأذون له فيملك كسبه بالضرورة لان ملك الرقبة سبب لملك كسب الرقبة لان الرقبة أصل وكسبه فرع واستغراقهما بالدين لا يوجب خروج المأذون له عن ملكه حتى لو أعتقه نفذ عتقه فيه ويملك وطء المأذون لها فكذا كسبه الذي في يده لانه يتبع أصله فيكون مثله وتعلق حق الغرماء به استيفاء لا يوجب خللا في ملكه ولو أوجب لما حل وطء المأذون لها اذ الوطء لا يحل بدون كمال الملك بخلاف الوارث اذا أعتق عبدا في التركة وهي كلها مشغولة بالدين حيث لا ينفذ العتق لان انتقال الملك الى الوارث عند استغنائه عنه نظرا له ولهذا يقدم في الارث الاقرب فالاقرب لان الصرف الى الاقرب أنفع له فاذا كان عليه دين كان النظر له في الصرف الى قضاء الدين دون النقل الى الورثة فلا يملكونه ولابي حنيفة رضي الله عنه أن ملك المولى انما يثبت في كسب العبد التاجر خلافة عنه عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما بيناه والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه ولا يدخل في ملكه فلا يعتق باعتاقه لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم بخلاف رقبته لان المولى لا يخلفه في ملك رقبته بل كان مالكا له من قبل الاذن فبقي ملكه بعد الدين على ما كان قبله وهو نظير المكاتب فان المولى يملك رقبته حتى يعتق باعتاقه ولا يملك ما في يده من أكسابه حتى لا ينفذ اعتاقه فيه فاذا نفذ عتقه في رقبة المأذون له عنده وعندهما وفي كسبه يغرم المولى للغرماء قيمته لانه أتلف بالاعتاق ما تعلق به حقهم وكذا لو أتلف المولى ما في يده من العبيد يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته للحال عندهما لانه ملكه وانما ضمنه لتعلق حق الغير به وعنده في ثلاث سنين لانه ضمان جناية لعدم ملكه ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما يعتق ولو استولد جارية عبده المأذون له وعليه دين مستغرق صارت أم ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها وهذا بالاتفاق لان عندهما ملكه باق حقيقة وعنده صادف حق الملك ولهذا لا يجوز للمولى أن يتزوجها ولو أعتقها المولى وعلى العبد دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه عند أبي حنيفة رضي الله عنه لان العتق توقف عنده على أن ينفذ عند ملك الجارية ألا ترى انه لو قضى دين الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد عن ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية بالاستيلاد ذكره في المحيط قال رحمه الله (وان لم يحط صح) أي وان لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الاخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن وجه قوله الاخر أن الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز أن يمنع الملك في الكل لان شرط عدم الملك لم يوجد في الكل ولا يجوز أن يمنع بقدره لان البعض ليس بأولى من البعض فيثبت الملك في الكل ولانه لا يخلو عن قليل دين ولو جعل القليل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسب عبده فيختل ما هو المقصود من الاذن وأصله أن استغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث في التركة وان كان غير مستغرق ففي قول أبي حنيفة رحمه الله الاول كذلك وفي قوله الاخر يملك الوارث جميع التركة على ما يجيء تقريره من بعد ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ولم يصح بيعه من سيده الا بمثل القيمة) لانه لا تهمة في البيع له بمثل القيمة فيجوز وبأقل منه فيه تهمة فلا يجوز وهذا لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم بخلاف ما اذا

(قوله ويغرم قيمته للغرماء) أي ان كان المولى موسرا وان كان معسرا فالغرماء أن يضمنوا العبد المعتق ويرجع هو بذلك على المولى وبه صرح الكرخي في مختصره اه اتقاني (قوله على ما يجيء تقريره من بعد) أي في كتاب القسمة اه تقدم في آخر كتاب الصلح اه (قوله فليس له أن يبطل حقهم) اعلم أن العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيأ بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا لان البيع مفيد أما عند أبي حنيفة فلانه يفيد ملك الرقبة والتصرف في الكسب لان دين العبد يمنع ملك المولى في الكسب والبيع أفاد الملك فيه وأما عند أبي يوسف ومحمد فلانه يستفيد ملك اليد والتصرف في كسب العبد ويجوز أن يثبت للعبد على مولاه دين لانه مفيد لحق الغرماء كما يثبت الملك له في كسبه ولهذا لو استهلك المولى شيأ من كسب عبده المأذون المديون يضمنه للعبد فصار كبيع المضارب مال المضاربة من رب المال لانه يفيد التصرف بخلاف ما اذا لم يكن على العبد دين حيث لا يجوز بيعه من مولاه لانه ليس بمفيد لان مولاه يملك ولاءه رقبة وتصرفا هذا اذا باعه بمثل القيمة أما اذا باعه من مولاه بأقل من قيمته بأن حابى في الثمن لم يجز وأم لا أطلق القدوري الجواب في مختصره ولا ذكر الخلاف فقال وان باعه بنقصان لم يجز وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والعبد المأذون له في الشفعة فيما بينه وبين مولاه وبين غيره كالحر بيانه أن المولى اذا باع دارا بجنب دار

العبدان لم يكن على العبد دين فلا شفعة له لانه لو أخذه كان لمولاه والاصل أن كل من باع أو بيع له فلا شفعة له وان كان عليه دين أخذ الدار بالشفعة وكذلك لو باع العبد دارا والمولى شفيعها ان كان العبد لا دين عليه فلا شفعة له لانه بيع له وان كان عليه دين فله الشفعة ولو اشترى العبد دارا والمولى شفيعها فان لم يكن عليه دين فالدار للمولى ولا حاجة الى الاخذ بالشفعة وان كان عليه دين فله أن يأخذها بالشفعة ولو أن المولى باع دارا من العبد ان لم يكن عليه دين فلا يكون بيعا وان كان عليه دين فالبيع جائز ويأخذ الشفيع ان كان بمثل قيمته أو أقل وان كان أكثر من قيمته فالبيع باطل عند أبي حنيفة ولا شفعة فيه وقال أبو يوسف ومحمد المولى بالخيار ان شاء أبطل الزيادة ويجوز البيع ويأخذ الشفيع بما سلم العبد وان شاء رد البيع فلا شفعة للشفيع الا أن يأخذ بجميع الثمن وان كان على العبد دين فباع دارا من المولى ان كان أكثر من قيمته أو بمثلها جاز ويأخذ الشفيع الدار بالشفعة وان كان أقل من قيمته فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ولا شفعة فيها وعندهما المحاباة لا تجوز ويأخذ الشفيع الدار بالقيمة ان شاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي اهـ اتقاني رحمه الله تعالى (قوله حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة) سيأتي في آخر كتاب الوصية قبيل كتاب الخنثى أن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فراجعه اهـ (قوله ولكن يخير بين أن يزيل الغبن) أي الفاحش واليسير أيضا اهـ (قوله وبين أن ينقض البيع) فأما على قول أبي حنيفة فالبيع لا يجوز وان بلغ المولى الثمن الى تمام القيمة اهـ غاية (قوله بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده الخ) قال في المختلف وهو نظير اختلافهم في بيع المريض عينا من وارثه أنه لا يجوز عنده أصلا وعندهما لا تجوز المحاباة والجامع التهمة وفرق بينهما أبو حنيفة في حكم وهو أن البيع بمثل القيمة ههنا يجوز وفي المريض لا يجوز لان نفس الايثار بالعين فيه تهمة والتهمة ههنا في النقصان ملكه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والصحيح أنه يصح على قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون ذلك بالبيع أولى ولو كان المولى أخذه واستهلكه فعليه الثمن وتمام القيمة لان المولى مخير بين تتميم القيمة وبين نقض البيع فتى استهلكه تعذر نقضه فلزمه تتميم القيمة اهـ غاية قال الكاكي رحمه الله وفي الكافي هذا الذي ذكرنا قول بعض المشايخ وهو قوله وان باعه بنقصان لم يجز عنده ويجوز عندهما ويخير المولى الخ والصحيح أن قوله كقولهما لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون ذلك بالبيع أولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون مع الاجنبي وفي المبسوط لم يجز عندهما أيضا كالمريض المديون مع الاجنبي والاصح أن هذا قولهم جميعا لان العبد مع المولى كالمريض مع الاجنبي وهكذا ذكره في مبسوط الاسبيجابي وفي النهاية ما ذكر في الكتاب وان باعه بنقصان لم يجز عنده وقال أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى الخ وقع على غير الاصح اهـ

حابى الاجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض عينا من وارثه بمثل قيمتها حيث لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله لان المريض ممنوع عن ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم أغراض في العين فلا يملك ايثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن ابطال المالية حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل القيمة وبأقل منه الى ثلثي القيمة اذا لم يكن عليه دين لان له أن يحابي بقدر الثلث كما يجوز له أن يتبرع به وبعد موت المريض الغرماء أحق بالمالية والورثة أحق بالعين حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة وكذا لبعضهم اذا سلم البعض وهذا الحق لهم في التركة كحق المولى في مال عبده المأذون له المديون حتى كان له استخلاصه بالقيمة وحق الغرماء في الموضعين لم يتعلق الا بالمالية حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة أصلا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن يخير بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيع لان في المحاباة ابطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤمر المشتري بازالته والمولى يؤمر بازالته لان البيع باليسير من الغبن متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون له على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع من الاجنبي وهو آذن فيما يشتريه بنفسه غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء واختلفوا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه قيل يفسد البيع لان رد هذا البيع للتهمة فأشبه بيع المريض من وارثه بخلاف بيعه له بمثل القيمة حيث يجوز لانه لا تهمة فيه بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده حيث لا يجوز لما ذكرنا والاصح أن قوله كقولهما لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون البيع فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المدين مع الاجنبي والغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما قال رحمه الله (وان باع سيده منه بمثل قيمته أو أقل صح) لان المولى أجنبي عن كسبه عنده اذا كان عليه دين والكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن

ملكه فيصح كما فى الاجنبى وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق أخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فأفاد قال رحمه الله (ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه) أى لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب العبد بشئ لانه بتسليمه المبيع سقط حقه فى الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فملكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان أحق به من الغرماء اذ هو ليس بدين يجب فى ذمة العبد ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد عبده وهو أحق به من الغرماء كما لو غصب العبد شيأ من ماله أو أودع ماله عند عبده أو قبض المبيع بغير اذن المولى وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لانه يجوز أن يثبت للعبد المأذون له المديون دين على مولاه ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيأ من اكساب عبده المديون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله أن للمولى أن يسترد المبيع ان كان قائما فى يد العبد ويحبسه حتى يستوفى الثمن لان المولى لم يسقط حقه من العين الا بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فبقى حقه فى العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقى العين قائما فى يده لانه يجوز أن يكون العين المملوكة للمولى فى يد عبده فكذا يجوز أن يكون له ملك اليد فيه وأما بعد استهلاكه فقد صار دينا فلا يمكن ايجابه على عبده قال رحمه الله (وله حبس المبيع بالثمن) أى للمولى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء ولان الدين تعلق بالعين لانه يقابلها ويسلم بسلامتها فكان له شبه بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما أنه مقابل برقبته مع انه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما اذا سلم المولى المبيع أولا حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين فيصير الثمن دينا مطلقا فيسقط ولو باع المولى شيأ من العبد بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو نقض البيع قليلة كانت المحاباة أو كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء كما بينا فى جانب العبد بخلاف ما اذا اشترى من غير المولى حيث يجوز باليسير من المحاباة عندهما وعنده يجوز مطلقا والمعنى قد بيناه وقوله يؤمر بازالة المحاباة يدل على أن البيع يقع جائزا ويجوز أن يكون على الروايتين عند أبى حنيفة رحمه الله على ما بيناه هذا كله فيما اذا كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين لا تجوز مبايعته مع المولى لعدم الفائدة لان الكل ماله ولا حق فيه لغيره قال رحمه الله (وصح اعتاقه) أى جاز اعتاق المولى عبده المأذون له المستغرق بالدين وهذا بالاجماع لقيام ملكه فيه وانما الخلاف فى أكسابه بعد الاستغراق بالدين وقد بيناه قال رحمه الله (وضمن قيمته لغرمائه) أى المولى ضمن قيمة المعتق لغرمائه لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ فأوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرماء بخلاف ما اذا كان المأذون له مدبرا أو أم ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما الغرماء لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيأ وان كان الدين أقل من القيمة ضمن الدين لا غير لانه حقهم وان كان الدين أكثر من قيمته ضمن قيمته بالغة ما بلغت لان حقهم تعلق بماليته فيضمنها كما اذا أعتق الراهن المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد حيث لا يبلغ به دية الحر لان القيمة هناك بدل الآدمى من وجه فلا يبلغ به دية الحر وكذا هنا لا يختلف بين ما اذا علم المولى بالدين أو لم يعلم بمنزلة اتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم بخلاف اعتاق العبد الجانى حيث يجب على المولى جميع الارش ان كان اعتاقه بعد علمه بالجناية لان الواجب فيها على المولى وهو مخير بين

(قوله أو قبض المبيع بغير اذن المولى) وهذا يتأتى على قولهما لانه ملكه عندهما اه من خط الشارح (قوله وعن أبى يوسف أن للمولى أن يأخذ الثمن وفى رواية له الخ اه اتقانى (قوله ولو باع المولى شيأ من العبد الخ) قال فى الهداية ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو بنقض البيع كما بينا فى جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء اه (قوله كما بينا) اشارة الى قوله ويخير المولى بين ازالة المحاباة الخ فصاحب الكتاب أطلق لفظ المحاباة هنا من غير ذكر خلاف وهذا وقع على اختيار صاحب المبسوط من الاصح كما قررنا أما على اختيار صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام هذا البيع لا يجوز أصلا عند أبى حنيفة فلا يرد التخيير عنده وعندهما يجوز البيع مع التخيير وفى الكافى ويحتمل أن يكون البيع فاسدا عند أبى حنيفة على قول بعض المشايخ كما فى الفصل الاول اه (قوله فى المتن وصح اعتاقه) قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى المولى اذا أعتق عبده المديون جاز عتقه لان ملكه باق فيه والغرماء بالخيارات شاؤا اتبعوا العبد بالدين وان شاؤا اتبعوا المولى بأقل من قيمته ومن الدين سواء كان عالما بالدين أو لم يكن عالما اه اتقانى رحمه الله (قوله لان الواجب فيها على المولى) أى لانه عاقلته الا أنه كان يتخلص منه بالدفع فبالعتق أبطل حق الدفع فصار مختارا للدية ان كان عالما فأما فى الدين فهو فى ذمة العبد ألا ترى أنه يباع فيه والمولى أبطل حق البيع ولو بيع لا يكون الا بقدر القيمة لانه لا يشترى فى الظاهر بأكثر من القيمة فلذلك لزمته القيمة وفى مسئلتنا لو اختار واتباع المولى لا يكون ابراء للعبد ولو اختاروا اتباع العبد لا يكون فى

الدفع والفداء فيكون مختارا للفداء بالاعتاق عالما ولا كذلك هنا لان المولى ليس عليه شئ وانما يضمن باعتبار تفويت حقهم كاتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه وكذا لو كان الجانى مدبرا أو أم ولد يجب على المولى قيمته لعجزه عن دفعه بفعله من غير أن يصير مختارا وهنا لا يجب لما بينا قال رحمه الله (وطولب بما بقى لغرمائه بعد عتقه) أى الغرماء أن يطالبوه بعد الحرية ان بقى من دينهم شئ ولم تف به القيمة لان الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما أتلف فبقى الباقى عليه كما كان فيرجع به عليه ولهذا كان لهم أن يتبعوا العبد بالكل و يبرؤا المولى عنه لان دينهم عليه واذا اختاروا اتباع أحدهما لا يبرأ الآخر كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لان هنالك الضمان واجب له على أحدهما فاذا اختار تضمين أحدهما برئ الآخر ضرورة وهنا وجب على كل واحد منهما دين على حدة ولو أعتقه المولى باذن الغرماء فلهم أن يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا كاعتاق الراهن باذن المرتهن وهو معسر لانه قد خرج من الرهن باذنه والعبد المأذون له لا يبرأ من الدين باذن الغريم ذكره فى المحيط قال رحمه الله (وان باعه سيده وغيبه المشترى ضمن الغرماء البائع قيمته) لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشترى قال رحمه الله (وان رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء فى العبد) أى اذا رد المشترى العبد على البائع بالعيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته رجع المولى بقيمته على الغرماء وكان حق الغرماء فى العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك و يرجع عليه بالقيمة التى دفعها اليه هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضى اقالة وهى بيع فى حق غيرهما وان فضل من دينهم شئ رجعوا به على العبد بعد الحرية قال رحمه الله (أو مشتريه) أى أو ضمنوا مشتريه وهو معطوف على البائع فتقديره وان باعه سيده وغيبه المشترى ضمن الغرماء البائع وهو المولى قيمته أو ضمنوا مشترى العبد قيمته لان كل واحد منهما متعد فى حق الغرماء البائع بما ذكرنا والمشترى بالشراء والقبض والتغييب قال رحمه الله (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) أى الغرماء ان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا أحدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما اذا باع الراهن الرهن ثم أجاز المرتهن البيع بخلاف ما اذا كفل عن غيره بغير أمره ثم أجاز لانها وقعت غير موجبة للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الاجازة بل نفذت على الكفيل غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك ما نحن فيه فحاصله أن الغرماء مخيرون بين ثلاثة أشياء اجازة البيع وتضمين أيهما شاؤا ثم ان ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع لان أخذ القيمة منه كأخذ العين وان ضمنوا البائع سلم المبيع للمشترى وتم البيع لزوال المانع وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعوا عليه وان توت القيمة عند الذى اختاروه لان المخير

ذلك ابراء للمولى بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه من الآخر والفرق بينهما أن هنالك وجب على كل منهما بطريق الاصالة فاذا ضمن أحدهما فقد ملكه فبعد التمليك لا يملك الرجوع عنه وأما ههنا الدين وجب على العبد الا أنه وجب على المولى على سبيل الكفالة اذ ليس فى هذا التضمين تمليك الدين من المولى فثبت أنه كالكفيل ومن طالب الكفيل أو المكفول عنه لا يكون فى ذلك ابراء عن الآخر فلذلك افترقا ولو اختار بعضهم اتباع العبد وبعضهم اتباع السيد فالذى يتبع العبد يأخذه بجميع الدين لان الدين عليه والذى يتبع المولى يأخذ منه جميع حقه اذا كان حقه مثل القيمة وما يأخذون من المولى يكون بينهم بالشركة وان لم يكن أصل الدين بالشركة لانه ثبت حقهم فى القيمة فصار كالمشترك بينهم وما يأخذه من العبد لا يكون بينهم بالشركة الا اذا كان أصل الدين بالشركة هذا اذا أعتقه ولو لم يعتقه ولكن دبره فالغرماء أيضا بالخيار ان شاؤا اتبعوا المدبر بدينهم فيستسعونه فى الدين وان شاؤا اتبعوا المولى بقدر قيمته وفى اختيار أحدهما ابراء الآخر لان المدبر يكون كسبه للمولى فلم يكن تحت التضمين تمليك فلذلك افترقا وفرق آخر بين هذا وبين العتق وهو أن كل ما يأخذ كل واحد منهم من المدبر يكون بينهم بالشركة وفى العتاق لا يكون والفرق بينهما أن هذا كسب العبد والعبد ليس له أن يقضى غريما دون غريم كذلك وأما العبد اذا أعتق صار حرا فله أن يقضى غريما دون غريم (قوله فيكون مختارا للفداء بالاعتاق عالما) أى وان كان غير عالم لم يلزمه شئ إلا قدر القيمة لا غير اه اتقانى (قوله فصار كالغاصب اذا باع الخ) قال الاتقانى قالوا هذا كالغاصب اذا باع وضمن أنه ينفذ بين البيع حتى لو رد عليه بالعيب سلم له و كان له أن يرده على المغصوب منه لانه اذا ضمن قيمته سليما ولم يعلم بالعيب ثبت حق الرد بالعيب واسترداد القيمة لانه انعقد بينهما حكم البيع وكذلك ههنا اه (قوله هذا اذا رده عليه قبل القبض) المسئلة مفروضة فيما اذا غيبه المشترى بعد قبضه فكيف يصح قوله رده قبل القبض ولهذا لم يذكره الرازى فى شرحه اه (قوله ثم أجاز) أى المكفول عنه اه (قوله فحاصله أن الغرماء مخيرون الخ) وقد تقدمت متنا وشرحا اه

بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر ولو ظهر العبد بعدما اختاروا تضمين
أحدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة أو بإباء يمين لان حقهم تحوّل الى القيمة
بالقضاء وان قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه وقد ادّعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار فيه ان شاؤا رضوا
بالقيمة وان شاؤا ردّوها وأخذوا العبد فيباع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب
في ذلك كذا ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط قال الراجي عفو ربه الحكم المذكور في المغصوب مشروط
بأن تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط أن يدعي الغرماء أكثر مما ضمن
وأن كمال حقهم لم يصل اليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لان الدعوى قد تكون غير مطابق فيجوز أن
تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته أكثر مما
ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا قال رحمه الله (وان باعه سيده وأعلم بالدين فللغرماء ردّ البيع) لان
حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني
ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم ردّه وفائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الردّ
بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين وان لم يكن لازما في حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا
وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يفي بدينهم فأما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع
ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متأخر بخلاف الرهن بالدين المؤجل
حيث لا يجوز له بيعه لان للمرتهن ملك اليد فيه فلا يقدر المولى على تسليمه ولا يد للغرماء في العبد المأذون له
ولا في كسبه وانما تعلق حقهم بماليته لقضاء الدين منه وذلك متأخر الى ما بعد حلول الاجل وكذا اذا
كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم وانهم في البيع بمنزلة بيعهم بأنفسهم فلا ينتقض وكذا اذا كان
الثمن يفي بدينهم ودفعه اليهم لان حقهم قد وصل اليهم فينفذ البيع لزوال المانع وقال صاحب الهداية
قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردّوه لوصول حقهم وفيه نظر
لانه يشير الى أنهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن اليهم اذا لم يكن في البيع محاباة وان لم يف
الثمن بحقهم وان كان في البيع محاباة ثبت لهم خيار الفسخ وان وفى الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم
خيار الفسخ اذا لم يف الثمن بحقهم وان لم يكن فيه محاباة لاجل الاستسعاء وقد ذكرناه قبله ولا خيار
لهم ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة لوصول حقهم اليهم ولو قال تأويل المسئلة فيما اذا باعه
بثمن لا يفي بدينهم لاستقام وزال الاشكال لان الثمن اذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان واذا وفى
ليس لهم نقضه كيفما كان واذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تأجيل الدين وطلبهم البيع ووفاء الثمن بالدين
فالبيع موقوف حتى يجوز باجازة الغرماء وهي مسئلة الكتاب على ما بينا وذكر محمد رحمه الله في الاصل
أنه باطل واختلفوا في معناه فقال بعضهم معناه أنه سيبطل لان البيع موقوف وللغرماء حق ابطاله
وقال بعضهم معناه أنه فاسد بدليل ما قال في الاصل أنه اذا أعتقه المشتري بعد القبض أو دبره صح ذلك
وتلزمه قيمته قال رحمه الله (وان غاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم) أي لو باع المولى عبده المديون
وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما للغرماء اذا أنكر المشتري الدين وهذا عند أبي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يكون المشتري خصما ويقضى لهم بدينهم وعلى
هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها اليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له
لا يكون خصما عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في الشفعة هو يقول ان ذا اليد يدعي الملك لنفسه
في العين فيكون خصما لكل من ينازعه فيها كما لو ادّعوا ملك العبد لانفسهم أو ادّعى رجل أنه رهن عنده
ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب
والحاضر ليس بخصم عنه ولانا لو جعلناه خصما لا يفيد لانه يؤدي الى أن لا يجعل خصما في الانتهاء لانهم

(قوله فيباع لهم) لا يتعين البيع لهم بل الخيار لهم ان شاؤا باعوه وان شاؤا استسعوه اه (قوله وقيمتها أكثر مما ضمن) لما أحاله على مسئلة الغصب كان الشرط فيها شرطا في هذه المسئلة أيضا اه (قوله وانما يثبت لهم الخيار الخ) لقائل أن يقول لا يشترط في ثبوت الخيار لهم أن تكون قيمته أكثر مما ضمن بل لهم أن يردّوا ما أخذوا وان كانت قيمته مثل ما ضمن أو أقل لان لهم فيه فائدة وهو حق استسعائه بجميع دينه وهذا هو الجواب اه نقلته من خط قارئ الهداية

اذا أثبتوا الدين لايمكن بيعه بينهم لانه يعود الى ملك البائع وهو غائب وفي بيعه قضاء على الغائب وهو لايجوز بخلاف ما اذا ادعوا الملك لان صاحب اليد يظهر في الانتهاء أنه كان غاصبا منهم والغاصب يكون خصما للمغصوب منه وبخلاف دعوى الرهن لان فيه فائدة اذ الرهن لايباع ولو صدقهم المشتري في الدين كان للغرماء أن يردوا البيع بالاجماع لان اقراره حجة عليه فيفسخ بيعه اذا لم يف الثمن بديونهم ولو كان البائع حاضرا والمشتري غائبا فلا خصومة بينهم وبين البائع بالاجماع حتى يحضر المشتري لان الملك واليد للمشتري ولايمكن ابطالهما وهو غائب فما لم يبطل ملكه لاتكون الرقبة محلا لحقهم لكن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لانه صار مفوتا حقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبائع وان اختاروا اجازة البيع أخذوا الثمن لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الاذن السابق ثم المولى ببيع عبده المأذون له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختارا للفداء بالقيمة وببيع العبد الجاني بعد العلم بالجناية جعل مختارا للفداء بالارش لان الدين هنا على العبد بحيث لايبرأ بالعتق ولايجب على المولى شئ ولو اختار المولى الفداء صريحا بان قال أنا أقضي دينه كان عدة منه تبرعا فلا يلزمه بخلاف الجناية لان موجبها على المولى خاصة دون العبد فاذا تعذر عليه الدفع بتصرفه تعين الارش عليه وبقي واجبا عليه على حاله قال رحمه الله (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة ولا يباع حتى يحضر سيده) أي يقبل قوله في الاذن في حق كسبه حتى يقضي دينه من كسبه والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لايصدق الا بحجة لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي وكذا القياس أن تشترط العدالة في الخبر لان جانب الصدق بها يترجح ووجه الاستحسان أن الناس تعاملوه من غير اشتراط شئ من ذلك واجماع المسلمين حجة يخص به الاثر ويترك به القياس ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لابد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وكذا على هذا القياس والاستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبهها والثاني أن يبيع ويشتري ولايخبر بشئ منه فالقياس فيه أن لايثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون له لان عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب المحرم فوجب حمله عليه لوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن فالعمل بالدليل الظاهر هو الاصل في المعاملات دفعا للضرر عن العباد فلا يشترط فيه الاخبار أنه مأذون له بل يكتفي بظاهر حاله فاذا ثبت أنه مأذون له بظاهر حاله صحت تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك ولزمته الديون فيستوفي من كسبه وان لم يف الكسب بالدين لاتباع رقبته لان ملك المولى في الرقبة ثابت فلا يصدق اقراره على مولاه ولا يلزم من وجوب الدين عليه أن يباع به ألا ترى أن المدبر وأم الولد لايباعان بالدين بخلاف الكسب لان المولى لايملكه مادام مشغولا بحاجة العبد وانما يخلفه

(قوله ولا يباع حتى يحضر سيده) ساقط من خط الشارح (قوله والقياس أن لا يصدق) أي العبد ولا يثبت الاذن بقوله حتى لايحل للبائع المبايعة معه لانه اقرار على مولاه لان حكم اقراره يلزم مولاه وفي الاستحسان يصدق ويقبل قوله لان هذا خبر في المعاملات وخبر الواحد في المعاملات مقبول ألا ترى أن واحدا اذا قال أنا وكيل فلان أو مضارب فلان وليس ثمة أحد يكذبه يقبل قوله لان الظاهر أنه يصدق ولا يكذب فكذا هنا لان في التجارة منفعة لمولاه فالظاهر أنه مأذون مالم يتبين الحجر ولان الناس حاجة الى قبول قول الآحاد في هذا الباب لان الانسان يبعث عبده الى الآفاق ليتجر أو يبعث مضاربه أو وكيله فلو قلنا ان قولهم لايقبل لضاق الامر على الناس لانه حينئذ يحتاج العبد أن يستصحب مولاه آناء الليل وأطراف النهار أو شاهدين عدلين يشهدان على الاذن وكذلك الوكيل والمضارب وما ضاق أمره اتسع حكمه اه اتقاني (قوله لان السكوت محتمل) أي فلا يثبت الاذن بالشك اه وكتب ما نصه يحتمل انه مأذون ويحتمل أنه محجور اه اتقاني (قوله ولزمته الديون الخ) ثم اذا لحقه دين كان القياس أن لا يباع ما في يده حتى يحضر مولاه وفي الاستحسان يباع وجه القياس أن ما في يده لمولاه فيكون في بيعه قضاء على مولاه وهو غائب فلا يجوز ولهذا لاتباع رقبته ووجه الاستحسان أن ما في يده من تجارته والعبد في تجارته كالحر فاذا قبل قوله في التجارة قبل فيما هو من ضروراتها وليس الكسب كالرقبة لانها ليست من تجارته لان ذلك مال المولى في يد المولى كذا ذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير والامام الاسبيجابي في شرح الكافي وقال شيخ الاسلام خواهر زاده ولو أن الغرماء أقاموا البينة أن العبد مأذون له في التجارة في والعبد يجحد والمولى غائب فانه لاتقبل بينتهم حتى لاتباع رقبة العبد بالدين لان هذه البينة قامت على غائب وليس عنه خصم حاضر لان العبد في حق رقبته لاينتصب خصما عن المولى لان يدعي حقا في رقبته وان أقر العبد بالدين فباع القاضي أكسابه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى وأنكر الاذن كلف القاضي الغرماء البينة على الاذن فان أقاموها والا ردوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن أكساب العبد فلا تنقض البيوع التي جرت من القاضي في كسبه لان للقاضي ولاية بيع مال الغائب وتؤخر حقوق الغرماء الى أن يعتق العبد لان الاذن لم يثبت لما أنكر المولى فكان محجورا والمحجور لايؤاخذ بضمان الاقوال في الحال وانما يتبع بعد العتق اه اتقاني رحمه الله تعالى

فى الفاضل عن حاجته قال رحمه الله (فان حضر وأقر بإذنه بيع والافلا) أى لو حضر المولى فاقر بالاذن بيع بالدين لظهور الدين فى حقه باقراره وان قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر فلا يباع الا اذا أثبت الغرماء الاذن منه بالبينة فحينئذ يباع لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا اذهى حجة كاسمها قال رحمه الله (وان أذن للصبى أو المعتوه الذى يعقل البيع والشراء وليه فهو فى الشراء والبيع كالعبد المأذون له) يعنى فى جميع ما ذكرنا من الاحكام من أنه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون مأذونا له بسكوت الولى حين ما رآه يبيع ويشترى ويصح اقراره بما فى يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما الى غير ذلك من الاحكام التى ذكرناها فى العبد والمراد بكونه يعقل البيع أن يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب له وأن يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش وقال الشافعى رحمه الله لا تنفذ تصرفاته وأصل الخلاف ينبنى على أن عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما هو متردد بين النفع والضرر أو النفع المحض وعنده غير صالحة للعقود حتى لو توكل بالتصرف جاز وعنده لا يجوز له قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم وقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم شرط البلوغ والرشد للدفع اليهم فى هذه الآية ونهى عن الدفع الى السفهاء فى الاولى وهما سفيهان ولهما بأسباب الغبن ولانهما محجور عليهما لاجل أنفسهما شرعا وعلة الحجر قائمة بهما فلا تزول بالاذن بخلاف العبد لان الحجر عليه لحق غيره وهو المولى وقد زال بالاذن ولانهما مولى عليهما فى هذا التصرف حتى يملكه الولى ويملك حجرهما فلا يصلحان أن يكونا وليين للتنافى لان كونهما موليا عليهما سببه العجز وكونهما وليين سببه القدرة والعجز والقدرة لا يجتمعان فصار كالعتق والطلاق بخلاف الصوم والصلاة والوصية واختيار الصبى أحد أبويه على أصله لان الولى لا يتولى هذه الاشياء فلا يكون موليا عليه فيها فلا تنافى فتصح منه ولان فيه ضرورة لعدم امكان تحصيله من جهة الولى فقلنا بصحتها منه كى لا تفوت هذه المصالح بخلاف البيع والشراء ولنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى أمرنا بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار هل هو رشيد أم لا وذلك بأن يؤذن له فى التجارة وهذا يفيد أن الصغير أهل للتصرف وأن تصرفه جائز لان اليتيم حقيقة اسم للصغير الذى لم يبلغ لقوله عليه الصلاة والسلام لا يتم بعد الاحتلام وقوله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم وهذا أمر بدفع أموالهم اليهم فلولا أن تصرفه معتبر شرعا لما أمر بدفعه اليهم لان الدفع اليهم تمكين لهم من التصرف فيه ولان التصرف المشروع صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بنفاذه كالعبد المأذون له ولا خفاء فى شرعية التصرف والمحلية وكذا فى الاهلية لان الاهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين من غير تمييز والكلام فى مثله فتثبت الولاية صونا لكلامه عن الالغاء والحجر عليه لعدم هدايته الى التصرف لا لذاته وباذن الولى يستدل على ثبوت هدايته الى التصرف اذ لا يأذن له ظاهرا الا بعد معرفة هدايته وبقاء ولاية الولى لاجل النظر له لتتسع له طرق التحصيل فيحصل بطريقين بمباشرته ومباشرة الولى ويمكن الولى من حجره لاحتمال تبدل حاله ومتى جعلناه وليا باعتبار الاهلية لم نجعله موليا عليه ومتى جعلناه موليا عليه باعتبار قصور الولاية لم نجعله وليا فيه فحاصله أنه يعرف المصالح ويعرف من المضار وهو مستحق للنظر ومصون عن الضرر وفى اعتبار كلامه ذلك وفى عدم اعتباره اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو ضرر محض بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضرر محض فلم يؤهل له ولا يملكه وان أذن له الولى والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن ويملكه والمتردد بينهما كالبيع والشراء والاجارة ونحوها يؤهل له بعد الاذن ويملكه ولا يملكه قبله للاحتمال مع أنه أهل التصرف لما ذكرنا حتى لو باشره قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولى حتى اذا رأى فيه مصلحة أجازه وهذا لانه يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه المجنون والطفل الذى لا يميز من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب

(قوله فى المتن وان أذن للصبى الخ) قال الاتقانى لما فرغ من بيان اذن العبد شرع فى بيان اذن الصبى الذى يعقل والمعتوه وقدم الاول لكثرة الاحتياج اليه بكثرة وقوعه ولان اذن العبد صحيح اتفاقا بخلاف اذن الصبى فان فيه خلاف الشافعى والاصل عدم الخلاف فقدم المجمع لكونه أصلا اه (قوله دون نوع) فاذا أذنه له فى نوع من التجارة يكون مأذونا فى الانواع كلها اه اتقانى (قوله ويكون مأذونا له بسكوت الولى) قال الاتقانى هذا فى الاب والجد والوصى لا فى القاضى ألا ترى الى ما ذكر فى الفتاوى الصغرى أن القاضى اذا رأى الصغير أو المعتوه يبيع ويشترى فسكت لا يكون مأذونا فى التجارة ونقله عن مأذون خواهر زاده اه (قوله ويعرف الغبن اليسير من الفاحش) وليس المراد منه أن يعرف نفس العبارة فانه ما من صبى لقن البيع والشراء الا ويتلقنهما كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده اه (قوله وقال الشافعى الخ) قال الاتقانى وعند الشافعى اذن الصبى العاقل باطل وعلى هذا الخلاف اذن العبد الصغير وكتابته اه (قوله أنه يقرب المصالح ويبعد) والذى بخط الشارح انه يعرف المصالح ويبعد اه (قوله كقبول الهبة) أى والاسلام اه

(قوله وصاحب الشرطة لا يصح الخ) واذن أمير الشرطة ولم يول القضاء باطل لانه انما أقيم لامر خاص فلا يلي التصرفات على الناس والشرطة خيار الجند والجمع شرط وصاحب الشرطة يراد به أمير البلدة وانما سموا الشرط لانهم أشرطوا أى اعلموا لانفسهم علامة يعرفون بها اهـ اتقاني مع حذف (قوله ولا يملك تزويج العبد) في الهداية ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته قال السيد وانما لم يملكها مع أن الاب والوصي يملكانها لان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق في الكتابة النظر وأما تصرف الصبي بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة اهـ وفي الهداية ولا يزوج عبده قال السيد فيه اجماع وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف فانه يجوز عنده اهـ وفي شرح الاتقاني انما قيد بالعبد (٢٣٠) لان الصبي يملك تزويج أمته من عبد غيره أو من أجنبي ولا يملك تزويج أمته من عبد نفسه وبه صرح شيخ الاسلام خواهر زاده اهـ (فرع) ولو أذن المعتوه الذي يعقل البيع والشراء في التجارة لابنه كان باطلا لانه مولى عليه فلا يلي غيره كذا في شرح الكافي وموت الاب أو وصيه حجر على الصبي لانه يتصرف بولايتهما ورأيهما وقد زالت ولايتهما ورأيهما بموتهما ولو كان القاضي أذن للصبي أو المعتوه في التجارة ثم عزل القاضي لا يتصرف بولاية نفسه بل يتصرف بولاية الخلفة أو ولاة المسلمين (١) لان ذلك قائم ألا ترى أن اذنه بمنزلة الحكم منه وسائر أحكامه لا تبطل بموته وعزله فكذلك هذا وقال خواهر زاده في مبسوطه اذا كان للصبي أو المعتوه أب أو وصي أو جد أو الاب فرأى القاضي أن يأذن للصبي أو المعتوه في التجارة فأذن له وأبى أبوه فاذنه جائز وان كانت ولاية القاضي على الصغير مؤخرة عن ولاية الاب والوصي وذلك لان الاذن في التجارة حق الصبي قبل الولي لانه مما ينتفع به لانه يهتدي بذلك الى التجارات فاذا فلا طلب من الاب وأبى صار الاب عاضلا له فانتقلت الولاية الى القاضي كالولي في باب النكاح اذا عضل انتقلت الولاية بسبب العضل الى القاضي لان الانكاح من الكفء حق المرأة قبل الولي فاذا امتنع الولي من الايفاء انتقلت الولاية الى القاضي فكذا هذا فان حجر عليه أحد من هؤلاء فحجره باطل لان الحجر فسخ الاذن والاذن صح من القاضي فلا يبطل بحجر غير القاضي وان حجر عليه هذا القاضي بعدما عزل لا يعمل لانه انما يصح منه الحجر بولاية القضاء فاذا لم يبق له ولاية القضاء لم يبق له ولاية الحجر وان حجر القاضي الذي قام مقامه عمل حجره لان

وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحقناه بالبالغ في التصرف النافع وبالمجنون في الضار وفي المتردد بالمجنون قبل الاذن وبالبالغ بعده ولا يقال قد يقع البيع أيضا نفعا محضا بأن باع شيئا بأضعاف قيمته فاذا وقع ذلك ينبغي أن ينفذ بغير اجازة الولي لان العبرة لاصل وضعه دون ما يعرض له باتفاق الحال والبيع في أصل وضعه متردد بخلاف الهبة لانها ضرر محض وقبولها نفع محض ولا مدخل للولي فيهما والنهي عن الدفع في الآية أموالنا وكلامنا وقع في أموالهم والمذكور في الآية الثانية الدفع اليهم أموالهم عند البلوغ وعند ايناس الرشد منهم وذلك لا ينفي الدفع في غير تلك الحالة لما عرف أن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على أنا لا نسلم أنه سفيه بل هو رشيد لان كلامنا فيمن علم رشده فلا يتناوله النهي والمراد بالولي ولي له تصرف في المال وهو أبوه ثم وصي الاب ثم جده أبو أبيه ثم وصي جده ثم الوالي ثم القاضي أو وصي القاضي وأما ما عدا الاصول من العصبة كالعم والاخ أو غيرهم كالام ووصيها وصاحب الشرطة لا يصح اذنهم له لانهم ليس لهم أن يتصرفوا في ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاولون يملكون التصرف في ماله فكذا يملكون الاذن له في التجارة وكذا للصبي أو المعتوه أن يأذن لعبده أيضا لان الاذن في التجارة تجارة معنى وليس لابن المعتوه أن يأذن لابيه المعتوه ولا أن يتصرف في ماله وكذا اذا كان الاب مجنونا لان ولاية التصرف في مال القريب لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الرأي وافر الشفقة وليس للابن وفور الشفقة فلا يملكه بخلاف الاب والجد فانهما وافرا الشفقة كاملا الرأي فيملكانه ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبرا بهما فيملك الاذن للصغير والمعتوه الذي بلغ معتوها ولعبدهما كما يملكانه وان بلغ رشيدا ثم عته كان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله يقول لا يصح الاذن له قياسا وهو قول أبي يوسف رحمه الله ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وليس للصبي والمعتوه المأذون لهما أن يتزوجا ولا يزوجا مماليكهما لانه ليس من التجارة الا أن يأذن لهما الولي بالتزوج أو بتزويج الامة لان الولي يملك ذلك فيملك تفويضه اليهما ولا يملك تزويج العبد فلا يملك تفويضه اليهما بخلاف المولى فانه يملك تزويج عبد عبده المأذون فيملك العبد أيضا اذا فوض اليه صريحا وان كان لا يملكه عند اطلاق الاذن وحاصله أن الصبي والمعتوه المأذون لهما كالعبد المأذون له في جميع ما ذكرنا من الاحكام الا أن الولي لا يمنع من التصرف في مالهما وان كان عليهما دين ولا يقبل اقراره عليهما وان لم يكن عليهما دين بخلاف المولى والفرق أن اقرار الولي عليهما شهادة لانه اقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وانما هو في الذمة لانهما حران فكان للولي أن يتصرف فيه بعد الدين كما كان له قبله فان قيل اذا لم يملك الولي الاقرار عليهما فكيف يملكانه وولايتهما مستفادة منه قلنا لما انفك الحجر عنهما صارا كما اذا انفك بالبلوغ فيقبل اقرارهما على أنفسهما بخلاف الولي لانه اقرار على غيره

(١) قوله لان ذلك قائم هكذا في أصل المحشي ولعل في العبارة نقصا فحرر كتبه مصححه

فلا يقبل على ما بينا ولانهما لو لم يقبل اقرارهما يمتنع الناس من معاملتهما فلم يحصل المقصود بالاذن فألجأت الضرورة الى قبوله فيما هو من التجارة لان الضرورة فيها حتى لو أقرا بعين موروثة فى ملكهما لا يقبل اقرارهما فيما روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس من باب التجارة وفى ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا أن انفكاك الحجر بالاذن كانفكاكه بالبلوغ فى حق الاموال والله أعلم

﴿فصل﴾ غير الاب والجد لا يتولى طرفى عقد المعاوضة المالية لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فيصير الواحد مطالبا ومطالبا ومسلما ومتسلما وهو محال وكذا الاب والجد قياسا وهو قول زفر ويجوز استحسانا لانه لكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فيجعل كأنه باعه منه وهو بالغ ثم تحمل الحقوق بحق الابوة لا بحكم العقد نيابة عنه حتى اذا بلغ الصغير كانت العهدة على الصغير وفيما اذا باع ماله من أجنبى فبلغ الصغير كانت العهدة على الاب فاذا كانت العهدة بطريق التحمل لا بحكم العقد لا يؤدى الى الاستحالة ولو اشترى مال ولده الصغير أو باع ماله منه بغبن يسير صح ويكفيه أن يقول بعته منه أو اشتريته له لان كلامه قام مقام كلامين ولان نفس القبول لا يعتبر وانما يعتبر الرضا ولهذا ينعقد بالتعاطى من غير ايجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضا ولو وكل رجلا بأن يبيع عبده من ابنه الصغير أو يشترى عبده له ففعل لا يصح لعدم كمال هذه الشفقة فلا يمكن الحاقه بالاب فبقى على أصل القياس الا اذا كان الاب حاضرا وقبل فانه يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على أبيه ومن جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لنفسه مباح وللصغير فرض لانه من باب النظر فيجعل الاب متصرفا للصغير تحقيقا للنظر ولو وكل رجلا ببيع مال ولده فباع من موكله أو باع الاب مال أحد ولديه عال الآخر أو أذن لهما فيه أو لعبديهما أو جعل لكل واحد منهما وكيلا أو وصيا صح ولو أذن لهما أو لعبديهما أو وصييهما فتبايعا لم يجز لانهما استفادا ولاية التصرف منه وهو لا يملك بنفسه فكذا الصبيان بخلاف ما لو أذن الاب لانه لو فعل بنفسه صح فكذا اذا فعل باذنه وصح بيع الوصى ماله من الصبى أو شراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو أن يبيع ما يساوى درهمين بدرهم وقيل ما يساوى ألفا بثمانمائة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز لما مر من الاستحالة وله أن الوصى مختار الاب ولكنه قاصر الشفقة فعند حقيقة النظر يلحق بالاب ويروى رجوع أبى يوسف الى قول أبى حنيفة رحمهما الله والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الغصب﴾

الغصب فى اللغة أخذ الشئ من الغير على وجه القهر مالا كان أو غير مال حتى يطلق على أخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم على هذه الصفة اسم الغصب وقد زيد عليه أوصاف فى الشرع على ما نبين قال رحمه الله

الثانى نائب عن الامام الاكبر فكما يصح الحجر من الامام الاكبر يصح من الذى قام مقامه اهـ اتقانى (قوله لعدم الحاجة الى القبول) قال الاتقانى وكذا اذا أقر يعنى الصبى بشئ من تركة أبيه لانسان صح وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة أن اقراره انما يصح بشئ من تجارته أما بشئ ليس من تجارته لا يصح اهـ وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واقرار الصبى المأذون بالدين والغصب واستهلاك المال جائز لانه متى ملك التجارة ملك ما هو من ضروراتها وملك الاقرار بالديون من ضرورات التجارة لانه يبيع ويشترى فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج الى أن يقر بذلك لان من ملك شيأ ملك الاقرار به ولانه لو لم يملك لامتنع الناس من المبايعة معه خوفا من ذهاب أموالهم بسبب التجارة معه فيؤدى الى انقطاع تجارته فوجب أن يملك ضرورة مالكيته التجارة وهذا فى ديون التجارة أو ما هو فى معنى ديون التجارة فاذا أقر بغصب أو استهلاك مال يصح لانه فى معنى دين التجارة لانه دين يلزمه بعوض يسلم له اهـ

﴿فصل﴾ (قوله ولو أذن) اى الوكيل من جهة الاب اهـ

﴿كتاب الغصب﴾

قال الاتقانى وجه المناسبة بين الكتابين عندى أن المأذون يتصرف فى الشئ بالاذن الشرعى والغاصب يتصرف فيه لا باذن شرعى فكان بينهما مناسبة المقابلة الا أنه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع ويجوز أن يقال ان اقرار المأذون يصح بالغصب والاستهلاك كما يصح بما هو من التجارة فجر الكلام الى ذكر الغصب عقيب الاذن فذكره يبين فيه أحكامه اهـ والغصب على ضربين أحدهما ما يتعلق به المأثم وهو ما وقع على العلم والثانى لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع على الجهل كمن أتلف مال غيره وهو يظن أنه له والضمان يتعلق بهما جميعا لان أسباب الضمان يجوز أن يتفق فيها ما يتعلق به المأثم وما لا يتعلق به المأثم وأما المأثم فلا يحصل الا مع القصد لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان معناه رفع مأثم الخطا اهـ اتقانى قوله فذكره يبين فيه أحكامه أو ما دام الغصب قائما فى يد الغاصب لا يملكه كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما فى يده من الكسب اهـ معراج

(قوله في المتن هو ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة) (٢٢٣) وعند الشافعي وغيره يكتفي فيه باثبات اليد المبطلة وعلى هذا تخرج المسائل

(هو ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة) في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب اذا هلكت بغير تعد لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة فتبعتها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اثبات اليد المبطلة وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر أو غير المحترم كمال الحربي في دار الحرب ولا ما لا يقبل النقل كالعقار وعند محمد رحمه الله الغصب هو تفويت يد المالك لا غير وعند الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد العادية لا غير حتى يضمن العقار بالغصب عندهما لوجود تفويت اليد فيه واثباتها ولا يضمن زوائد الغصب عند محمد رحمه الله لعدم تفويت يد المالك فيها وعند الشافعي رحمه الله يضمنها لوجود اثبات اليد فيها وسنبينه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (فالاستخدام والحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط) لانه باستخدام عبد الغير أو الحمل على دابة الغير بغير اذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة ثبوت يده ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب فيضمن بخلاف الجلوس على بساط الغير لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح به على المتعلق عند التنازع فلم يصر في يده والبسط فعل المالك فتبقى يد المالك فيه ما بقي أثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل ثم حكم الغصب الاثم ان تعمده والغرم وشرطه أن يكون المغصوب مالا متقوما قال رحمه الله (ويجب رد عينه في مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد كم أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا وان أخذه فليرده عليه ولانه بالاخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لان المالك بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والاذن مع أنها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه فيعود الى ما كان وأتم وجوهه رد عينه في مكان غصبه لان المالية تختلف باختلاف الاماكن ولهذا تتفاوت القيمة ورد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا لانه أعدل وأكمل في رد الصورة والمعنى ورد القيمة أو المثل مخلص يصار اليه عند تعذر رد العين ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو أتى بالقيمة أو المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة أخرى كما اذا وهبه له أو أطعمه اياه فأكله والمالك لا يدري أنه ملكه أو نحو ذلك من تسليم بايداع أو شراء ولو لم يكن هو الواجب الاصلي لما برئ الا اذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة وقيل الموجب الاصلي هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك والابراء عن العين لا يصح وكذا الكفالة بالمغصوب تصح مع أنها لا تصح بالعين وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على أن الواجب هو المثل أو القيمة وكونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها وانما يبرأ الغاصب بالتسليم الى المالك من غير علمه لتعينه لان حقه متعين في العين فصار كالمبيع بيعا فاسدا فان المشتري يبرأ برده بأي وجه كان وان لم يعلم البائع لما قلنا بخلاف المثل والقيمة لان حقه غير متعين في المقبوض بل حقه في مثله أو قيمته من أي عين كان وذلك لا يتعين الا بانتقاء الاختلاف الناس في معرفة الامثال والقيم ولا كذلك العين لان حقه متعين فيها فبأي طريق وصل اليه ناب عن الواجب عليه فانما عينه من الجهة كما في صوم رمضان لما كان الوقت متعينا له صار عنه وان ما عينه من الجهة بخلاف غيره من العبادات حيث لا يتأدى الا بالتعيين لعدم التعين وعند الشافعي رحمه الله لا يبرأ الغاصب بأكل المالك الطعام المغصوب من غير علمه لان هذا ليس برد بل هو خدعة وهذا لان الانسان يرغب في أكل مال غيره ما لا يرغب في أكل مال نفسه ولو علم لما أكل فلم يكن رادا بتقديمه له لا كل من غير علمه قلنا هذه العادة مذمومة شرعا فلا تعتبر ولا تمنع وقوعه عن الواجب

غير أن ازالة اليد المحقة بالنقل والتحويل اه كاكي (قوله بغير اذن مالكه) لا يحتاج اليه مع قوله اثبات اليد المبطلة ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان مسئلة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عجولا فاستهلكه حتى يبس لبن أمه قال أبو بكر البلخي يضمن قيمة العجول ونقصان الأم وان لم يفعل في الام شيأ اه كذا بخط قارئ الهداية تغمده الله بالرحمة قوله ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان الخ أخذه من معراج الدراية اه (قوله أو ولدها) قال الكاكي وكذا لو غصب حمارا وساقه فانساق جحشه فأكله الذئب لا يضمنه الغاصب ان لم يسق الجحش معه اه (قوله كمال الحربي في دار الحرب) أي فانه اذا أخذه المسلم لا يسمى غصبا اه اتقاني (قوله لوجود اثبات اليد فيها) ولو منعها المالك وطلب الزوائد فمنعها عن التسليم يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله في المتن لا الجلوس على البساط) قال الكاكي ولو جلس على بساط غيره أو فراشه أو ركب دابة غيره ولم يزلها من مكانه لم يكن غاصبا اه (قوله والغرم) أي سواء تعمد أو لا اه (قوله مع أنها) أي هذه العقود اه (قوله حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك) أي بعد الابراء اه (قوله وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به) أي بضمان المغصوب وان كان قائما في يده اه

قال

قال رحمه الله (أو مثله ان هلك وهو مثلي) أي يجب عليه مثل المغصوب ان كان مثليا وهلك عنده لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بايجاب المثل فكان أعدل وأتم في جبر الفائت فكان أولى من القيمة واسمه ينبئ عن ذلك فان المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان ايجابه أعدل ولا معنى لقول الظاهرية ان الواجب فيه القيمة باعتبار أن وجوب الضمان باعتبار المالية وهي القيمة لما ذكرنا أنه أعدل وتسميته في الآية اعتداء مجاز للمقابلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والجزاء ليس بسيئة وانما سمي بها مجازا كذا هنا الثاني ليس باعتداء قال رحمه الله (وان انصرم المثلي فقيمته يوم الخصومة) أي ان انقطع المثلي عن أيدي الناس يجب على الغاصب قيمته وتعتبر قيمته يوم الخصومة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لان المثل هو الواجب بغصب ذات المثل فلا ينتقل الى القيمة الا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ وهذا لان المثل أعدل على ما بينا فلا يصار الى القيمة مع القدرة عليه لقصورها فلا تجب قبل انقطاع المثل للقدرة عليه لانها خلف عنه ولا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع ولابي يوسف رحمه الله أن المثلي لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا فيما التحق بها وهذا لان القيمة خلف عن المثل حتى لا يصار اليها الا عند العجز والخلف يجب بما يجب به الأصل فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل في المثلي وكالقيمة في غير المثلي ولابي حنيفة رحمه الله أن المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر الى أن يعود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته وقت الانتقال وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره في النهاية معزيا الى أبي بكر البلخي قال رحمه الله (وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه) أي ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه وهذا بالاجماع لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه وقال مالك يضمن مثله صورة لما تلونا ولما روي أن أنسا رضي الله عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل أن يضرب الحجاب فأتي بقصعة من ثريد من عند بعض أزواجه عليه الصلاة والسلام فضربت عائشة القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل من الارض ويقول غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضي الله عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال علي رضي الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في عبد بين رجلين يعتقه أحدهما فان كان موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه وهذا نص صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث أوجبها على المعتق ان كان موسرا وعلى العبد ان كان معسرا وحديث عائشة رضي الله عنها كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لا على طريق أداء الواجب اذ كانت القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم ومعنى قول علي رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام أي بقيمة الغلام حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه أي بقيمة نفسه يؤيده أنه قد صح عنه وعن عمر رضي الله عنهما أنهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة ذكره في النهاية والآية لا تنافي ما قلنا لان المذكور فيها المثل وهو موجود في القيمة من حيث المالية على ما بينا فكانت الآية شاهدة لنا وهذا المثل هو المتعارف بين الناس لا المثل صورة بلا معنى ولهذا قال شريح رضي الله عنه من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وما قال ذلك الا لانه فهمه من الآية والمراد بالمثلي المكيل والموزون والعددي المتقارب مثله كالجوز والبيض حتى يضمن مثله عددا خلافا لزفر هو يقول ان المماثلة في المعدود لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيه الربا فلا يقطع بكون المضمون مثلا للتالف فيصار الى قيمته لتعذر معرفة مثله قطعا بخلاف المكيل

(قوله في المتن وهو مثلي) مثل المكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ان المغصوب لا يخلو إما أن يكون غير منقول كالحانوت والدار والارض والكرم وغيرها أو يكون منقولا والمنقول لا يخلو (١) اما أن يكون مثليا كالكيلي والوزني الذي ليس في تبعيضه مضرة (قوله وقال محمد الخ) قال الاتقاني ونحن نأخذ بقول محمد رحمه الله اهـ (قوله والعددي المتقارب الخ) والعددي المتقارب ما لا تتفاوت آحاده في المالية كالجوز والبيض ونحو ذلك اهـ اتقاني (قوله حتى يضمن مثله عددا) قال الاتقاني رحمه الله أما المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض فعلى مستهلكها مثلها عندنا وقال زفر قيمتها وهذا فرع على جواز السلم فيها وقد بيناه في البيوع اهـ

(١) قول المحشي اما أن يكون مثليا الخ هكذا في الاصل وانظر المقابل فلعله سقط من الناسخ اهـ مصححه

والموزون لان المماثلة فيه تثبت بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل وكذا
قال في الذهب والفضة وهما موزونان والحنطة مكيل فأمكن اعتبار المماثلة فيهما للعلم بها قطعا والجودة
لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا كذلك العددي قلنا انما تعتبر المماثلة في المالية ومالية هذه الاشياء
متساوية فان الفلس يماثل الفلس في المالية وكذلك الجوز والبيض ولهذا لا تتفاوت قيمة آحاده عرفا
فكانت المماثلة فيه أتم من المكيل والموزون فوجب جبر الفائت بجنسه لكونه مثلا له صورة ومعنى
ولا معنى لقوله المماثلة تثبت فيه بالاجتهاد لان المكيل والموزون أيضا كذلك لان مطلق الجنس لا يكفي
بل لا بد من اعتبار المماثلة في الصفة كالجودة والرداءة وذلك يعرف بالاجتهاد وأوضح منه أن القيمة أيضا
لا تعرف الا بالاجتهاد فلا معنى لما قال اذ لم يكن له بد من الاجتهاد في الكل والمراد بما لا مثل له غير المكيل
والموزون والعددي المتقارب كالثياب والحيوان والمثلي المخلوط بخلاف جنسه كالحنطة المخلوطة بالشعير
والخل المخلوط بالزيت ونحو ذلك والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصوغة نحو القمقم والطست
قال رحمه الله (فان ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو بقي لأظهره ثم قضى عليه ببدله) لان حق
المالك ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقول كما اذا ادعى المدين
الافلاس وليس لحبسه حد مقدر بل هو موكول الى رأي القاضي كحبس الغريم في الدين ولو ادعى الغاصب
الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك وأقاما البينة فبينة الغاصب أولى عند محمد رحمه الله لانها
تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض وعند أبي يوسف رحمه الله بينة المالك أولى لانها تثبت
وجوب الضمان والآخر ينكر والبينة للاثبات وهذا لان الغصب وان كان ثابتا باتفاقهما لكن
حاصل الاختلاف بينهما يؤول الى وجوب الضمان وعدمه فكانت البينة لمن يثبت قال رحمه الله
(والغصب فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور في المنقول على ما بينا قال رحمه الله
(فان غصب عقارا وهلك في يده لم يضمنه) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر
والشافعي رحمهم الله يضمن وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا لان الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد
العادية وازالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار لان اثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر
اجتماعهما فيه فاذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة وهذا لان اليد ليست
هي الا عبارة عن القدرة على التصرف وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف فكانت في يد
الغاصب ضرورة ومن ضرورتها انتفاء يد المالك فيضمن به كما يضمن المنقول بذلك وكما يضمن العقار
المودع بالجحود وبالاقرار به لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء وقوله عليه الصلاة والسلام
من غصب شبرا من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين نص على أنه يتحقق فيه الغصب ولنا
أن الغصب تصرف في المغصوب باثبات يده وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله
وأقصى ما يمكن فيه اخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما اذا
أبعد المالك عن المواشي على ما بينا بخلاف المنقول ومسئلة الوديعة على الخلاف في الاصح فلا تلزم
وان سلم فالضمان فيها بترك الحفظ الملتزم بالجحود والشهود انما يضمنون العقار بالرجوع لانه ضمان
اتلاف لا ضمان غصب حتى لو أقام الشاهد البينة أن ذلك العقار له لا تقبل بينته ولو كان غصبا فالقبلت
والعقار يضمن بالاتلاف والمذكور في الحديث الجزاء في الآخرة وكلامنا في الضمان في الدنيا وهو دليل
على أن المذكور جميع جزائه ولو كان موجبا للضمان لبينه لان الحاجة اليه أمس وزيادة الضمان عليه
تكون نسخا ولا يجوز ذلك بالرأي على ما عرف في موضعه واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق
غصب موجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر في قوله عليه الصلاة والسلام من باع
حرا الحديث لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا لما عرف أن في لسان الشرع حقيقة ومجازا وعلى هذا
الاختلاف لو باع العقار بعد الغصب وأقر الغاصب بذلك وكذبه المشتري أو باعه من غير غصب وأقر

(قوله والمثلي المخلوط بخلاف جنسه) قال في الهداية عند قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة أي معنى ما لا مثل له قال الاتقاني وهذا تفسير عجيب من صاحب الهداية لانه تفسير الكلي بالجزئي لان ما لا مثل له يشمل الحيوانات والذرعيات والعددي المتفاوت كالبطيخ والرمان والوزني الذي في تبعيضه مضرة وهو المصوغ منه اهـ

بذلك وكذبه المشترى لا يقبل اقراره فى حق المشترى لانه ملكه ظاهرا ولا يضمن البائع عندهما الا انه لم
يتلفه وانما التلف مضاف الى عجز المالك عن اقامة البينة قال رحمه الله (وما نقص بسكناه وزراعته
ضمن النقصان كما فى النقلى) وهذا بالاجماع والفرق لهما أنه أتلفه بفعله والعقار يضمن بالاتلاف ولا
يشترط لضمان الاتلاف أن يكون فى يده ألا ترى أن الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن
الا بالحصول فى اليد وعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت لم يضمن لعدم
النقل وان تلفت بركوبه يضمن لوجود الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط الغير بغير اذنه
واختلفوا فى تفسير النقصان قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده
فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء يعنى أنه ينظر بكم تباع قبل
الاستعمال وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون
المنفعة وذكر فى النهاية أن محمد بن سلمة رجع الى قول نصير ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما غرم
من النقصان وما أنفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إذا غصب
أرضا فزرعها كرين فأخرجت ثمانية أكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه أربعة
أكرار ويتصدق بالباقى وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق بشئ لان الزيادة حصلت فى ضمانه وملكه
لان ما ضمن من الفائت ملكه بأداء الضمان والمضمونات تملك بأداء الضمان عندنا مستندا الى وقت وجود
السبب وهو الغصب هنا فتبين أنه حدث فى ملكه اذ الخراج بالضمان بخلاف ما اذا لم ينقص لانعدام
الملك لعدم الضمان وهذا لانه يجب عليه ضمان كله فاذا ضمن كله ملك كله وكذا البعض ولهما انه
حصل بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير فيكون سبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف
الاصل فصار كما اذا لم ينقص بالاستعمال ولان الملك المستند ثابت من وجه دون وجه فكان ناقصا فلا يظهر
فى حق انعدام الخبث قال رحمه الله (وان استغله تصدق بالغلة كما لو تصرف فى المغصوب والوديعة
وربح) أى ان استغل المغصوب بأن كان عبدا مثلا فآجره فنقصه بالاستغلال وضمن النقصان تصدق
الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما اذا تصرف فى المغصوب أو الوديعة بأن باعه وربح فيه أما الاول وهو
الاستغلال فالمذكور هنا قولهما وعند أبى يوسف رحمه الله لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه من الجانبين
فى المسألة التى قبلها وكان ينبغى أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما فى المسألة الأولى
ثم انما يضمن الغاصب النقصان اذا كان النقصان فى العين وكان غير ربوى لانه دخل جميع أجزائه فى
ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ما تعذر رده من أجزائه كلا أو بعضا بخلاف البيع حيث لا يوجب النقصان
الحادث فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب حط شئ من الثمن لان الاوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن
بالفعل وان كان لتراجع السعر لا يضمن بعد أن رده فى مكان الغصب لان ذلك لقلة الرغبات فيه
لا لنقصان فى العين بفوت الجزء وان كان ربويا لا يمكنه أن يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يؤدى
الى الربا اذ الجودة لا قيمة لها فى الاموال الربوية ولكنه مخير بين أن يأخذه ولا شئ له وبين أن يتركه على
الغاصب ويضمنه مثله من جنسه أو قيمته من خلاف جنسه واستغلال العبد المستعار بالايجار
كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافا لابى يوسف رحمه
الله والوجه قد بيناه ولو هلك فى يده بعد ما استغله فضمنه المالك كان له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان
لان الخبث كان لاجل المالك فاذا أخذه المالك لا يظهر الخبث فى حقه ولهذا لو سلم الغلة اليه مع العبد
يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم وتبرأ ذمته عن القيمة بقدره بخلاف ما اذا باعه الغاصب بعد
ما استغله وهلك فى يد المشترى وضمن المالك المشترى قيمته ثم رجع المشترى على الغاصب بالثمن حيث
لا يكون للغاصب أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن الى المشترى لان الخبث كان لحق المالك والمشترى ليس
بمالك فلا يزول الخبث بالاداء اليه فلا يؤديه اليه الا اذا كان لا يجد غيره فيرخص هو على غيره من الشراء

باعتبار أنه ملكه وهو محتاج اليه كما أن الملتقط له أن يصرف اللقطة على نفسه اذا كان محتاجا ثم اذا أصاب
مالا تصدق بمثلها اذا كان غنيا وقت الاستغلال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا من ترجحه على غيره
من الفقراء وأما الثاني وهو ما اذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح فهو على وجوه إما أن يكون
مما يتعين بالتعيين كالعروض أو لا يتعين كالنقدين فان كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان
القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فانه لا يطيب له ويتصدق به لان العقد
يتعلق فيما يتعين حتى ينفسخ العقد بالهلاك قبل القبض فتمكن الخبث فيه وان كان مما لا يتعين فقد
قال الكرخي انه على أربعة أوجه إما أن أشار اليه ونقد منه أو أشار اليه ونقد من غيره أو أطلق اطلاقا
ونقد منه أو أشار الى غيره ونقد منه وفي كل ذلك يطيب له الا في الوجه الاول وهو ما اذا أشار اليه ونقد منه
لان الاشارة اليه لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا اذا تأكد بالنقد منها وقال مشايخنا رحمهم
الله لا يطيب بكل حال أن يتناول منه قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار
واطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة يدل على ذلك ووجهه أنه بالنقد منه استفاد سلامة المشترى
وبالاشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد به في حق القدر والوصف فتثبت فيه شبهة الحرمة لملكه بسبب
خبيث واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند
أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بشيء منه والوجه ما بينا وهذا الاختلاف بينهم فيما اذا صار بالتقلب من
جنس ما ضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل المضمون دراهم وان كان في يده من بدله خلاف
جنس ما ضمن بأن ضمن دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح
انما يتبين عند اتحاد الجنس وما لم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح قال رحمه الله (وملك
بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بشيّ وطبخ وطحن وزرع واتخاذ سيف واناء غير الحجرين وبناء على ساجة)
لانه لو لم يملكه بذلك للحقه ضرر وكان ظلما والظلم لا يزال بالظلم بل ينصف ثم الضابط فيه أنه متى تغيرت العين
المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها ومعظم منافعها أو اختلطت بملك الغاصب بحيث لا يمكن تمييزها
أصلا أو إلا بحرج زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى
يؤدي بدلها وما ذكره من شيّ اللحم وطبخه وطبخ الحنطة أو طحنها وزرعها واتخاذ الحديد سيفا أو اناء
واتخاذ غيره مثل الصفر إناء والبناء على الساجة بهذه المثابة فيملكها الغاصب الا الذهب والفضة فانه
لا يملكهما باتخاذه أواني أو بضربه دنانير أو دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله وهما المراد بقوله غير الحجرين
وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك عن العين وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله غير أنه اذا اختار
أخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال الربوية لانه يفضي الى الربا وعند الشافعي رحمه الله
يضمنه وقد بيناه من قبل وعن أبي يوسف رحمه الله أن ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب لكنه
يباع فيوفى بدين المغصوب منه يعني ما وجب له عليه بالغصب من المثل أو القيمة وان مات الغاصب
فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء على مثال الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الآبق لعدم رضاه
ببطلان حقه فصار كالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البائع قبل ايفاء الثمن بل أولى لان الملك أقوى من
اليد فاذا لم يبطل حق اليد فأولى أن لا يبطل به حق الملك وللشافعي رحمه الله أن العين ملكه فيبقى ملكه
ما بقيت العين ويتبعها وصفها اذ هو قائم بها فيترجح هو لكونه صاحب أصل ولان الدقيق حنطة فرقت
أجزاؤها وذلك لا يوجب الخروج عن ملكه كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتأريب في الشاة ولان
فعله محظور فلا يكون سببا للملك اذ المحظور لا يناط به نعمة الملك على أصل فلا يعتبر فعله فصار كما اذا وقعت
الحنطة في الطاحون وتدورت وانطحنت بفعل الماء والهواء من غير صنع أحد ولنا أنه استهلك العين من وجه ألا
ترى أن المقاصد قد فات بعضها وكذا الذات قد فات من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد أحدث
فيها الصنعة وهي حق للغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت بذلك وان كانت وصفا على الاصل الذي

(قوله وبناء على ساجة) في المغرب الساجة بالجيم الخشبة العظيمة أي الخشبة المنحوتة المهيأة للاساس ونحوه وأما مسئلة الساحة بالحاء المهملة فتجيء اه كاكي (قوله بفعل الغاصب) قيد به لانه لو تغير لا بفعل الغاصب بأن صار العنب زبيبا والخمر خلا بنفسه والحليب جبنا والرطب تمرا فالمالك بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه ولو صار العنب زبيبا بجعله ملكه كذا في فتاوى العتابي اه دراية (قوله والتأريب) قال الاتقاني تأريب الشاة جعلها إربا إربا أي عضوا عضوا اه

هو

هو فائت من وجه فكانت أولى بالاعتبار وهذا لان الزيادة حصلت فى العين بفعل الغاصب فكانت كسباله والكاسب أحق بكسبه من غيره وان كان فى محل مملوك للغير لان الحكم يضاف الى العلة لا الى المحل وذات حقه قائم بكان الترجيح به ترجيحا بالذات فكان أولى من الترجيح بالاصل لانه يرجع الى الترجيح بالحال وهو البقاء وهذا ترجيح بالذات وهو الوجود من كل وجه فكان الترجيح به أولى لان الحال قائمة بالذات والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سببا لحكم شرعى ألا ترى أن الصلاة فى الارض المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك بخلاف ما استشهد به لان الذبح لا يفوت اسم الشاة يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتأريب لا يفوت به المقصود بالذبح فلا يحصل به تبديل العين فبقيت على ملكه بخلاف ما نحن فيه لان العين تبدلت وتجدد لها اسم آخر فصارت كعين أخرى حصلها بكسبه فملكها غير أنه لا يجوز له الانتفاع به قبل أن يؤدى الضمان كى لا يلزم منه فتح باب الغصوب وفى منعه حسم مادته ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها بعد الطبخ أطعموها الاسارى ولو جاز الانتفاع به أو لم علمكه لما قال ذلك والقياس أن يجوز الانتفاع به وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبى حنيفة رحمهم الله لوجود الملك المطلق للتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك لغيره ووجه الاستحسان ما بيناه ونفاذ تصرفه فيه لوجود الملك وذلك لا يدل على الحل ألا ترى أن المشترى شراء فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به ثم اذا دفع القيمة اليه وأخذه أو حكم الحاكم بالقيمة أو تراضيا على مقدار حل له الانتفاع به لوجود الرضا من المغصوب منه

(قوله والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سببا الخ) قال الاتقانى والجواب عن قولهم فعل الغصب عدوان محض لا يصلح سببا لنعمة الملك قلنا لا يصلح سببا له قصدا وانما جعلناه سببا عند تقرر الضمان بالاستهلاك فى ضمن حكم الضمان كى لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد والضمان حكم واجب مشروع حسن بالاجماع فصار ما ثبت فى ضمنه أيضا حسنا لانه يراعى صلاحية السبب فى الاصل لا فى التبع تحقيق الكلام أن فعل الغاصب الذى هو الزراعة مثلا ليس بمحظور من حيث انه احداث الزرع وانما المحظور كونه غصبا وهو ازالة الشئ عن يد المالك فاذا لم يكن محظورا من حيث انه احداث صلح سببا للملك فصار قولنا زرع حنطة مغصوبة اشارة الى احداث شئ بآلة مغصوبة بمنزلة الاصطياد بقوس الغير والاحتطاب بقدوم الغير اهـ (قوله فلا يحصل به تبديل العين) فى الخلاصة غصب شاة فذبحها وسلخها وجعلها اربا اربا ملكها وعليه قيمتها حية أو غصب حمارا أو بغلا فقطع يديهما أو رجلهما ملكهما وعليه قيمتهما اهـ قال الاتقانى والجواب عن ذبح الشاة بعد الغصب بعض أصحابنا قالوا بأنه ينقطع حق المالك بالذبح كذا فى الطريقة البرهانية فنمنعه والصحيح أنه لا ينقطع حق المالك به لان الشاة لا تصير مستهلكة بمجرد الذبح لبقاء الاسم ولهذا يقال شاة مذبوحة فاذا أربها عضوا عضوا بعضهم قالوا ينقطع حق المالك لانه صار مستهلكا بزوال التركيب لكن الصحيح خلافه كذا فى الطريقة البرهانية أيضا وذلك لان بالذبح لما لم تصر الشاة مستهلكة صار كأنه غصب شاة مذبوحة فقطعها اربا اربا فلا ينقطع حق المالك لان المنافع المتعلقة بها لم تفت لانها كانت تقصد للاكل وبعد القطع لم يبطل هذا المعنى اهـ وكتب ما نصه حكى الزاهدى فيه خلافا اهـ (قوله فبقيت على ملكه) كذا ذكر فى الكافى اهـ (قوله ولو جاز الانتفاع به) أى للغاصب كما هو القياس وبه قال زفر اهـ (قوله أو لم علمكه) أى كما قال به الشافعى اهـ (قوله والقياس أن يجوز الانتفاع به) أى قبل أداء البدل اهـ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره وأصل هذا الباب الذى عول عليه أصحابنا الحديث الذى روى عن النبى صلى الله عليه وسلم رواه أبو يوسف واحتج به ورواه محمد واحتج به ورواه الحسن بن زياد فى كتابه عن عاصم بن كليب الجرمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زار قوما فذبحوا له شاة فجعل يمضغه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يسيغه فسألهم عن ذلك فقالوا شاة لفلان ذبحناها حتى يأتى فنرضيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطعموها الاسارى فلولا أن ملك الغاصب زال عنها لم يأمرهم بالتصدق بها بل أمر ببيعها وحفظ ثمنها على الغائب وعلى هذا بنى أبو حنيفة كثيرا من مسائل الغصب قال محمد يعنى بالاسرى المحتبسين كذا فى شرح مختصر الكرخى والمعقول فى المسئلة أن الغاصب غصب الحنطة ثم استهلكها بالطحن فينقطع حق المالك عنها بالاستحالة فصار كما اذا غصب ثوبا فأحرقه فصار رمادا فانه ينقطع حق المالك بالاستهلاك فكذا هذا والدليل على الاستهلاك أن اسم الحنطة زال عنها بعد الطحن وكذلك زالت صورتها ومعناها فدل على الاستهلاك أما اذا زال الاسم فلانها كانت تسمى حنطة والآن تسمى دقيقا وأما زوال الصورة فلان صورتها هى الحبة السمراء المشقوقة البطن ولم تبق تلك الصورة بعد الطحن وأما معناها فلانها كانت تصلح للزراعة والقلى والطبخ الهريسة ونحو ذلك فالآن لا تصلح لذلك فاذا ثبت التغاير بينهما من هذه الوجوه كان الدقيق جنسا آخر غير الحنطة فينقطع حق المالك ولا يكون له سبيل فى الدقيق وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد دليل على هذا لانه أخذ الحنطة لا الدقيق فاذا كان عينها استهلكا يلزمه مثلها وكذلك الحنطة اذا غصبها فزرعها ينقطع حق المالك عنها لان الزرع غير الحنطة بدليل تغاير الاسم والصورة والمعنى المطلوب فصار الحادث غير ما كان اهـ اتقانى

لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه فصلحت المبادلة بالتراضي وقال أبو يوسف رحمه الله في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بالفضل عنده وقد بيناه من قبل وأما الذهب والفضة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يملكهما الغاصب بضربهما دنانير أو دراهم أو أواني لما ذكرنا في غيرهما والجامع أنه أحدث فيه الصنعة المتقومة وفوت بعض مقاصده ولابي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما ألا ترى أن الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو أيضا باق وكذا كونه موزونا باق أيضا حتى يجري فيه الربا باعتباره وكذا الصنعة فيهما غير متقومة أيضا مطلقا ألا ترى أنه لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف غيرهما وقال الكرخي والفقيه أبو جعفر انما ينقطع حق المالك عن الساحة اذا بنى حولها وأما اذا بنى عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء عليها والساحة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذا بنى في الارض المغصوبة وعند الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك كيفما كان فيهدم البناء ويأخذ ساحته لانه وجد عين ماله فكان أحق به بالنص وعندنا انقطع حقه مطلقا في الصحيح لان في قلعه ضررا بالغاصب وقال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة فلا يعتد ضررا فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن آدمي أو أدخل لوحا مغصوبا في السفينة وكانت في لجج البحر هذا اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة وأما اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء فلم ينقطع حق المالك عنها ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة قال رحمه الله (ولو ذبح شاة أو خرق ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب اليه أو ضمن النقصان) وكذا لو ذبح الجزور وقطع اليد أو الرجل كالذبح لان هذه الاشياء اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوات بعض المنفعة في الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه وأخذه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه ليس له أن يضمنه النقصان اذا أخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيه الانتفاع احتمال الموت حتف أنفها وأمكن الانتفاع بلحمها بيقين والاول هو الظاهر لانه نقصان باعتبار فوات بعض الاغراض على ما بينا آنفا ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمن نصف قيمته مع أخذه لانه

(قوله وقال أبو يوسف الخ) قال في الهداية وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها قال الاتقاني يعني لا يحل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء البدل خلافا لزفر الا أن أبا يوسف قال في هاتين الصورتين يحل الانتفاع قبل أداء البدل وقبل أن يرضى صاحبه لانه صار مستهلكا من كل وجه لان الحبة صارت قصيلا والنواة صارت نخلا بخلاف ما تقدم من غصب الشاة وذبحها وطبخها أو غصب الحنطة وطحنها حيث لا يحل الانتفاع قبل ارضاء المالك لان أجزاء الشاة والحنطة باقية وهذا معنى قوله لقيام العين فيه من كل وجه اهـ (قوله أو أواني) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان غصب فضة فضربها دراهم أو صاغها اناء قال يأخذها ولا أجر للغاصب ولا يشبه هذا الحديد والصفر لانه فضة بعينها لا يخرج من الوزن وقال أبو يوسف ومحمد يعطيه مثل قيمته وكذلك الذهب الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله اهـ اتقاني (قوله وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك الخ) قال الاتقاني وقال زفر ينقض البناء وبه قال الشافعي اهـ (قوله وكذا لو ذبح الجزور) ليس في خط (٣٣٨) الشارح اهـ قال في الهداية وكذا الجزور اهـ يعني اذا غصب الجزور وهي التي أعدت للذبح من الابل من الجزر وهو القطع ثم ذبحها فالحكم فيه كما في غصب الشاة اذا ذبحها اما أن يأخذ العين مع نقصان الذبح واما أن يترك العين ويضمن جميع القيمة وانما ذكر الجزور دفعا لوهم متوهم وهو أن يقال اذا كانت الجزور معدة للذبح لم يكن معنى الدر والنسل فيها مطلوبا فكيف يلزم النقصان بل الذبح زيادة لانه يؤخذ لاجل العوض فأجاب عنه وقال لا يتفاوت الحكم بين أن يكون الحيوان معدا للذبح أو لم يكن لان الذبح في الحيوان نقص من حيث تفويت الحياة اهـ اتقاني (قوله وقطع اليد أو الرجل كالذبح) قال في الهداية وكذا اذا قطع يدهما أي يد الشاة والجزور قال الاتقاني أي حكم قطع يد الشاة والجزور كحكم ذبحهما يعني أن للمالك الخيار ان شاء أخذ العين مع نقصان القطع وان شاء ترك العين للغاصب وضمنه جميع القيمة وهذه رواية عن أصحابنا والظاهر أن له تضمين جميع القيمة بلا خيار ألا ترى الى ما قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وأما الدابة اذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلا يشبه أي لا يشبه الخرق الكثير في الثوب قال لانه استهلكها وليس ينتفع صاحبها بما بقي والغاصب ضامن لقيمة الدابة وهي له وكذلك لو كانت بقرة أو شاة أو جزورا فذبحها أو قطع يدها أو رجلها الى هنا لفظ الحاكم الشهيد رحمه الله وذلك لان الدابة بعد ما قطعت يدها أو رجلها لا ينتفع بها انتفاع الدواب فصارت هالكة فاذا صارت هالكة فالغاصب مستهلك يجب عليه القيمة وتكون الدابة له بخلاف الثوب فان الثوب بالخرق الفاحش لا يكون هالكا لانه يمكن أن ينتفع به انتفاع الثياب فلا يضمنه القيمة بلا خيار بل يكون للمالك الخيار اهـ (قوله ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم) قال الاتقاني هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار

منتقع

منتفع به بعد قطع الطرف لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة فانها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع قال رحمه الله (وفى الخرق اليسير ضمن نقصانه) يعنى مع أخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له أن يضمنه النقصان واختلفوا فى حد الخرق اليسير والكبير قيل ما أوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير وقيل الفاحش ما ينقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم فيخير المالك بين أن يميل الى الهالك أو القائم والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان فى المنفعة لان الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان عبارة عن تعييب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بقيام أكثر المنافع لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر العمل بأحدهما ومتى أمكن العمل بهما لا يصار الى الترجيح ولا يشتغل به وهنا أمكن اعتبار الاستهلاك والنقصان باثبات الخيار له فلا يعتبر الراجح وذكر فى النهاية أن الفاحش هو المستأصل للثوب وهو أن يجعل الثوب لا يصلح الا للخرق ولا يرغب فى شرائه وعزاه الى الحلوانى وقال شمس الأئمة السرخسى الحكم الذى ذكرنا فى الخرق فى الثوب من تخيير المالك اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم فى كل عين من الاعيان الا فى الاموال الربوية فان التعييب هناك فاحشا كان أو يسيرا كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين أن يسلم العين ويضمنه مثله أو قيمته لان تضمين النقصان متعذر لانه يؤدى الى الربا هذا اذا قطع الثوب ولم يحدث فيه صنعة وأما اذا أحدث فيه صنعة بأن خاطه قميصا مثلا فانه ينقطع به حق المالك عنه عندنا ذكره فى النهاية معزيا الى الذخيرة قال رحمه الله (ولو غرس أو بنى فى أرض الغير قلعا وردت) أى قلع البناء والغرس وردت الارض الى صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أى ليس لذى عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صام نهاره وقام ليله قال الله تعالى فيها يفرق كل أمر حكيم ولان الارض باقية على ملكه اذ لم تصر مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولا وجد فيها شئ يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردها الى مالكها كما اذا أشغل ظرف غيره بالطعام هذا اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء وان كانت قيمة البناء أكثر فللغاصب أن يضمن له قيمة الساحة فيأخذها ذكره فى النهاية وعلى هذا لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فلصاحبه أن يأخذ ويضمن قيمة الآخر وعلى هذا التفصيل لو أدخل فصيل غيره فى داره وكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا التفصيل لو أدخل البقر رأسه فى قدر من النحاس فتعذر اخراجه قال رحمه الله (وان نقصت الارض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعا ويكونان له) أى اذا كانت الارض تنقص بالقلع كان لصاحب الارض أن يضمن للغاصب قيمة البناء أو الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فتعين فيه النظر لهما وانما يضمن له قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع وليس له أن يستديم فيها فتعتبر قيمته فى ذلك الوقت مقلوعا وكيفية معرفتها أن تقوم الارض وبها بناء أو شجر استحق قلعه أى أمر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما كذا قالوا وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع وانما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا أن لو قوم البناء والغرس مقلوعا موضوعا فى الارض بأن يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا أو لبنا أو حجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير أن يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية قال رحمه الله (وان صبغ أو لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن) يعنى اذا غصب ثوبا فصبغه أو سويقا فلته بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وان شاء

وقد مر قبل هذا اهـ (قوله لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له) فيه نظر وينبغى أن يقال لانه منتفع به بعد قطع طرفه فى بعض المنافع اهـ من خط قارئ الهداية (قوله وقام ليله) وصف الليل والنهار والامر بصفة صاحبه اهـ من خط الشارح (قوله ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق) قال فى الكنز فى كتاب المضاربة ولو قصره أو حمله بماله وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع فيما أنفق وان صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن اهـ قال الاتقانى الا ترى أن الغاصب لو قصر بضيع ماله ولو صبغ لا يضيع فهنا أولى ولهذا لو صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه فكذلك ههنا يكون شريكا بقدر ماله اهـ وقد نقلت عبارته فى المضاربة بأتم من هذا وأفيد اهـ قوله فكذلك ههنا أى المضارب اهـ وقوله يكون شريكا بقدر ماله أى كالغاصب اهـ

أخذ المصبوغ والملتوت وغرم مازاد الصبغ والسمن وقال الشافعي رحمه الله في الثوب يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه لصاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان لان الغاصب متعد فلم يكن لفعله عبرة والتمييز ممكن فصار نظير الغرس والبناء في الارض بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا أن الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما أمكن وكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لانه صاحب أصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالاصل وكذا السويق أصل والسمن تبع ألا تراهم يقولون سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر التمييز بخلاف البناء والغرس لان التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض فأمكن ايصال حق كل واحد منهما اليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله الى صاحبه وبخلاف ما اذا انصبغ من غير فعل أحد كالقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحبه بدفع قيمة الصبغ الى صاحبه لانه لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب بل يتملك صاحب الثوب الصبغ بقيمته وقال أبو عصمة في مسئلة الغصب ان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله وهذا طريق حسن أيضا لامكان وصول حق كل واحد منهما الى صاحبه ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه أيضا والجواب في اللت كالجواب في الصبغ غير أنه يضمن فيه مثل السويق وفي الصبغ قيمته لان السويق والسمن من ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب وفي الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت بتفاوت القلي فلم يبق مثليا كالخبز وما روي عن أبي حنيفة رحمه الله من أن الغاصب اذا صبغ الثوب أسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع الى اختلاف عصر وزمان فان بني أمية في زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فأجاب كل منهم على ما شاهد من عادة أهل عصره ولا خلاف فيه بينهم في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر لذكر هذا الاختلاف ولا للون الصبغ لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا من الثياب ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص فلا معنى للتقييد بلون دون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة والنقصان حقيقة ولو كان ثوبا ينقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما مثلا فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة رواه هشام عن محمد رحمه الله وهو مشكل من حيث ان المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب كله وانما وصل اليه بعضه وكان من حقه أن يطالب هو الى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيأ ولم يحصل له به الا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالاتلاف والاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة وكيف صار مسقطا له هنا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه لان الغصب محظور فلا يكون سببا للملك كما في المدبر وهذا لان الملك مرغوب فيه وهو حكم شرعي فلا يصلح المحظور سببا له لانه يلزم منه ترغيب الناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب فيه لهم ولا يجوز اضافة مثله الى الشارع فوجب أدنى درجات السبب أن يكون مباحا كي لا يلزم الترغيب في تحصيل الحرام ولانه قبيح لانه منهي عنه بقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض والغصب ليس بتجارة عن تراض فكان باطلا والباطل لا يفيد الملك وهذا لانه عدوان محض وليس فيه شبهة الاباحة كالقتل فكيف يستفاد الملك بالجناية المحضة ولنا أن المالك ملك بدل المغصوب رقبة ويدا فوجب أن يزول ملكه عن المبدل اذا كان يقبله دفعا للضرر عن الغاصب وتحقيقا للعدل أو ضرورة حتى

لا يجتمع

﴿فصل﴾ (قوله كما في المدبر) أي اذا غصبه وغيبه الغاصب وضمن قيمته اهـ (قوله فوجب) أي أن لا يكون سببا اذ هذا الملحق يحتاج اليه لتصحيح كلام الشارح رحمه الله فتأمل اهـ

لايجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فانه مستحيل واسمه ينبئ عنه فان البدل اسم لما يقوم مقام الفائت لا لما يقوم مقام القائم فاذا ثبت ملكه فيه على الكمال وجب أن يزول ملكه في المبدل ليتحقق معنى هذا الاسم وكذا لفظ الجبران ينبئ عنه فانه لا يكون الا عن الفائت كالبدل ولا يقال هذا بدل عما فات وهو اليد لا الملك لان الفائت بفعل الغاصب هو اليد دون الملك اذ ملكه قائم في العين فلا يكون بدلا عن العين ولهذا قلتم لو كسر قلب غيره فقضى عليه القاضي بقيمته وأخذ القلب ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين لبطل لكونه صرفا لانا نقول لو كان بدلا عما فات من اليد مع بقاء العين في ملكه لكان اجحافا بالغاصب بازالة ملكه عن البدل واثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين في ملكه مع امكان تحقيق العدل بينهما وهذا خلف فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال ملكه عنها ليتحقق معنى البدل والجبران فكان ثبوت المبادلة ضروريا وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يكون بيعا من كل وجه فلا يظهر في حق البطلان بالافتراق قبل القبض لان شرط التقابض ثبت فيما هو سبب للملك مقصودا فلا يتعداه وأما المدبر فنقول يزول ملكه عنه ويدخل في ملك الغاصب ضرورة ولهذا لو ظهر المدبر وظهر له كسب كان للغاصب الا أنه اذا ظهر المدبر يعاد الى ملك المغصوب منه صيانة لحق المدبر أو نقول المدبر لا يقبل النقل فيجعل الضمان بدلا عن اليد التي فاتت بفعله للضرورة أو عن العين من غير أن يدخل في ملكه شيء كما في ضمان العتق عندهما ولا يقال المدبر يقبل النقل من ملك الى ملك ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ لانا نقول ينفسخ التدبير بالقضاء فينفذ البيع بعد القضاء لكونه قنا بعد انفساخه والجواب عما تلا أن رضاه قد وجد بطلب القيمة منه ونحن لا نجعل الغصب القبيح سببا للملك بل الغصب موجب لرد العين عند القدرة ولرد القيمة عند العجز بطريق الجبران وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لا حكما ثابتا بالغصب مقصودا ولهذا لا يملك الولد بخلاف الزيادة المتصلة والكسب لانه تبع اذ الكسب بدل المنفعة ولا كذلك المنفصل بخلاف البيع الموقوف أو الذي فيه الخيار حيث يملك به الزيادة المنفصلة أيضا لانه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه قال رحمه الله (والقول في القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك) لان الغاصب منكر والمالك مدع ولو أقام الغاصب البينة لا تقبل لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل ذكره في النهاية ثم قال فيه قال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين وقد تقبل البينة لاسقاط اليمين ألا ترى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو أقام البينة تقبل بينته ثم قال وكان أبو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة وهو الصحيح قال رحمه الله (فان ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينته أو بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك) لانه رضي به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه قال رحمه الله (وان ضمنه بيمين الغاصب فالمالك يمضي الضمان أو يأخذ المغصوب ويرد العوض) لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان وانما أخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه أو أقل في هذه الصورة وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخي رحمه الله لا خيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح لان ثبوت الخيار لفوات الرضا وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه وله أن لا يبيع ماله الا بثمن يختاره ويرضى به فكان له الخيار ثم اذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها اليه لانها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لانه غير مقابل به بل بما فات من اليد على ما بينا قال رحمه الله (وان باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وان حرره ثم ضمنه لا) أي لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه والفرق بينهما أن ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في حق الاولاد ويظهر في حق الاكساب لان الولد أصل من

(قوله أو نقول المدبر لا يقبل النقل) أي من ملك الى ملك فلهذا لم يملكه الغاصب بالضمان اه اتقاني (قوله في المتن ويرد العوض) أي ولو كان قيمتها أكثر مما أخذ بدانق اه عمادية في آخر سبعة وعشرين

وجه تبع من وجه قبل الانفصال وبعده أصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهي تبع محض والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه ولا يشبه هذا عتق المشتري من الغاصب حيث ينفذ باجازة المالك البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وكذا بضمان الغاصب القيمة في الاصح لانه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على أنه تام أن الاشهاد يشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن تاما لاشترط عند الاجازة ولهذا لو تصارف الغاصبان وتقابضا وافترقا وأجاز المالكان بعد الافتراق جاز الصرف وكذا المبيع يملك عند الاجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاما بنفسه لما كان كذلك قال رحمه الله (وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدي أو بالمنع بعد طلب المالك) وقال الشافعي رحمه الله هي مضمونة على الغاصب ولا فرق بين أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة أو كانت بالسعر على المذهبين للشافعي رحمه الله أنها متولدة من عين مضمونة فتكون مضمونة مثلها لما عرف أن الاوصاف الشرعية تسري من الاصل الى ما تولد منه ألا ترى أن ولد أم الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرة يسري اليه حكم أمه حتى يكون حكمه كحكم أمه وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم يسري اليه حكم أمه ولان الغصب هو اثبات اليد على ملك الغير بغير اذن مالكه وقد تحقق ذلك في الزوائد بحسب تحققه في الاصل فكان مضمونا كالاصل وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم ولنا أن الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد لانها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تفويت اليد فلا يصير غصبا فلا يضمن الا بالتعدي أو بالمنع عند طلبه لان المنع تعد وانما يضمن ولد الظبية عنده لوجود المنع منه لان الرد الى الحرم حق الشرع وهو مأمور به كما أخرجها فيكون متعديا بالامتناع عن الرد حتى لو هلك قبل تمكنه من رده الى الحرم لا يضمن لعدم المنع على هذا أكثر مشايخنا رحمهم الله ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقا تمكن من الرد أو لم يتمكن فهو ضمان اتلاف لان الصيد كان في الحرم آمنا ببعده عن أيدي الناس وقد فوت عليه الامن باثباته اليد عليه فتحققت الجناية عليه بذلك ولهذا لو أخرج جماعة من المحرمين صيدا واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل لتحقق الجناية منهم ولو كان من باب الغصب لما وجب عليهم الا قيمة واحدة يوضحه أنه يجب بالاعانة والاشارة والدلالة لازالة الامن فلان يجب باثبات اليد عليه وهو فوقها جناية أولى وأحرى قال رحمه الله (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها) أي اذا ولدت الجارية ولدا ونقصت بالولادة كان النقصان مضمونا على الغاصب وان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك الولد قبل الرد أو هلكت الام بالولادة أو غيره من الاسباب وكما لو جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره فنبت مكانه غيره أو خصى عبد غيره فازدادت قيمته به أو علمه فأضناه التعليم وازدادت به قيمته فانه يضمن الجزء الفائت ولا يجبر بالزيادة التي حصلت به وان كان سبب النقصان والزيادة متحدا ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها أوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد لان الولد انما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به ألا ترى أنه لا يجوز التصرف فيه ببيع أو هبة ونحوه فاذا صار مالا به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما اذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعوا عن الشهادة لا يضمنون لانهم أخلفوا بالشهادة قدر ما أتلفوا بها فلا يعد اتلافا لاتحاد السبب كذا هذا وكما اذا قطعت يده عند الغاصب فرده مع ارش اليد فانه يجبر نقصانه بالارش لما ذكرنا من اتحاد

(قوله أن تكون الزيادة متصلة) كالسمن والجمال اه (قوله أو منفصلة) كالولد والثمر والعقر واللبن والكسب اه (قوله فلا يصير غصبا) أي فاذا لم يوجد الغصب في الزيادة لا يجب الضمان لان الزيادة حصلت في يده بغير صنعه بايجاد الله تعالى ولا صنع للغاصب في احداث الولد فصار كما اذا هبت الريح على ثوب انسان فألقته في حجر غيره فانه لا يكون مضمونا عليه لانه لم يوجد الصنع من جهته ولكنه يكون واجب الرد الى مالك الاصل حتى اذا فوت الرد بالتعدي كالاكل والبيع ونحو ذلك أو بالمنع بعد الطلب يكون ضامنا اه اتقاني (قوله على هذا أكثر مشايخنا) وقال الاتقاني واليه ذهب أكثر مشايخنا اه (قوله وقال زفر والشافعي الخ) قال الاتقاني والكلام مع الشافعي في هذه المسألة بناء على المسألة الاولى وهي أن زوائد المغصوب عندنا أمانة متصلة كانت أو منفصلة وعنده مضمونة ثم لما كان الولد مضمونا عنده لم يجز أن يجبر به نقصان الأم لانه مشغول بضمان نفسه فلا يجوز أن يؤدي به ضمان غيره لان الشيء الواحد لا يتأدى به ضمانان في حالة واحدة وبهذا الطريق أجمعت الامة في ولد الظبية اذا أخرجت من الحرم وانتقصت بالولادة أن الولد لا يجوز أن يكون جابرا لنقصان الام لانه لما كان مضمونا بنفسه لا يجوز أن يؤدي به ضمان غيره فأما زفر فانه يسلم أن زوائد المغصوب أمانة ولكنه يمنع أن يكون النقصان مجبورا بالولد لان الولد ملك المغصوب منه فلا يصلح أن يكون ملكه جابرا لملكه اه

السبب

السبب لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان ولان الواجب على الغاصب أن يرد ما غصب ومالية كما غصبه من غير نقصان فاذا فعل ذلك برئ من الضمان ألا ترى انه لو غصب جارية سمينة فمرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت حتى عادت مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن وكذا اذا سقط سنها أو قلعه الغاصب فنبت مكانه أخرى فردها سقط ضمانها عنه وقولهما كيف يجبر ملكه بملكه قلنا ليس هذا بجبر في الحقيقة وانما هو اعتبار الملك منفصلا بعضه عن بعض بعد أن كان متحدا كما اذا غصب نقرة فضة فقطعها فانه يردهما ولا شئ عليه غيرهما اذا لم تنقص بالقطع وولد الظبية ممنوعة فان نقصانها يجبر بولدها عندنا فلا يرد علينا وكذا اذا ماتت الام ممنوعة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله فانه روى عنه أن الام اذا ماتت وفي الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه وفي رواية عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب وتخريجه أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهي ترادف الآلام وكبر الولد وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة وكلامنا فيما اذا اتحد وأما اذا مات الولد قبل الرد فلانه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصاء ليس بزيادة لانه غرض بعض الفسقة ولهذا لو غصب العبد الخصي وهلك عنده لا تجب عليه قيمته خصيا وانما تجب عليه قيمته غير خصي وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد الخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ هكذا ذكروه وهذا يشير الى أنه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصاء مع رده وان زادت قيمته وهو مشكل فان الغاصب اذا خصاه وازدادت قيمته به لا يجب عليه ضمان ما فات بالخصاء مع رد الخصي بل يخير المالك ان شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك الخصي للغاصب وان شاء أخذه ولا شئ له غيره ذكره في النهاية معزيا الى التتمة وقاضيخان فكان الاقرب هنا أن يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب فيما عدا ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهمه قال رحمه الله (ولو زنى بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا تضمن الحرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا تضمن الامة أيضا الا نقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث في يد المالك فلا يبطل به الرد ولا يضمن الغاصب الا النقصان كما اذا حمت في يد الغاصب فردها وماتت من تلك الحمى أو زنت عند الغاصب فردها وجلدت بعد الرد عند المالك وماتت من ذلك فانه لا يضمن الا نقصان عيب الزنا وكذا المبيعة اذا سلمها الى المشتري وهي حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل وماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البائع بشئ من الثمن اتفاقا ولابي حنيفة رحمه الله أنه لم يردها كما أخذها لانه أخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما اذا جنت جناية في يد الغاصب فقتلت بها أو دفعت بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب حتى نقول يبقى ضمان الغصب ويفسد به الرد ولا يجب ردها أصلا فافترقا وفي فصل الشراء لا يجب الرد بل ابتداء التسليم كما وقع عليه العقد ان كان وقت العقد سليما فيجب عليه تسليم السليم وان كان معيبا يجب عليه تسليم المعيب وبموتها بالولادة لا ينعدم التسليم وفي الغصب السلامة شرط لصحة الرد فلم يرد مثل ما أخذها لا يعتد به فافترقا على انه ممنوع فيجب على البائع رد الثمن كالاستحقاق وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وانها تزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة قال رحمه الله (ومنافع الغصب وخمر المسلم وخنزيره بالاتلاف) أي لا تضمن منافع المغصوب

(قوله لم يرجع المشترى على البائع بشئ من الثمن) أي ولكن يرجع بنقصان الحبل اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني والجواب عن المسائل أما مسئلة الشراء فمنعها بعض مشايخنا فقال يرجع بجميع الثمن عند أبي حنيفة وسلم بعض مشايخنا وفرق بين مسئلة الغصب ومسئلة الشراء فقال في الغصب الواجب نسخ فعله بالرد على الوجه الذي أخذ ولم يوجد ذلك حيث هلكت بسبب كان عند الغاصب فلا جرم وجبت عليه قيمتها وفي الشراء الواجب على البائع تسليم المبيع لا الرد والتردد في كونه مفضيا الى التلف أم لا يمنع صحة الرد ولا يمنع صحة التسليم والقبض لانه سلم المبيع كما وقع عليه العقد وهو أنه مال متقوم وبموتها في النفاس لا ينعدم التسليم على الوجه الذي وجب عليه فلا يضمن الثمن اهـ (قوله فيجب عليه تسليم السليم) ينافي قولهم مقتضى العقد السلامة ولهذا يرجع اذا اطلع على عيب بعد امتناع الرد لا بصنعه اهـ قارئ الهداية (قوله في المتن ومنافع الغصب) قال في اشارات الاسرار المنافع لا تضمن بالغصب سواء صرفها لنفسه أو عطلها على المالك صورة المسئلة رجل غصب عبدا فأمسكه شهرا حتى صار غاصبا للمنافع أو استعمله حتى صار مستهلكا لها عندنا لا تضمن هذه المنافع وعند الشافعي تضمن وقال صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي وليس على الغاصب في ركوب الدابة

وسكنى الدار أجر وهو مذهب علمائنا وقال الشافعي عليه الاجر وكذلك لو لم يركبها ولا سكنها ولكن حبسها أياما ثم ردها على صاحبها فلا أجر عليه عندنا اهـ اتقانى قال مشايخنا هذا اذا لم يكن معدا للاستغلال فان كان معدا يضمن المنافع بالغصب والا فلا وفي الفتاوى الكبرى منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المستغلات والاوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافعها على الغصبة اهـ معراج (قوله ولنا أن عمر وعليا حكما بوجوب قيمة ولد المغرور) أي الذى وطئ أمة غيره معتمدا على ملك نكاح اهـ اتقانى (قوله لضمنت بالمنافع) أي ولا قائل بذلك اهـ اتقانى (قوله لا يمكن أن تضمن بالاعيان) أى كالدراهم والدنانير اهـ غاية (قوله بالنص) بقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اهـ (قوله في المتن وضمن لو كانا الذمى) قال صدر الاسلام البزدوى في شرح الكافى نصرانى غصب من نصرانى خمرا فهلكت عنده يضمن مثلها وكذلك لو استقرض ذمى من ذمى يصح ويجب مثلها وكذلك لو باع ذمى من ذمى خمرا يجوز البيع وكذلك لو أتلف خنزيرا على ذمى ذمى مثله يضمن قيمته وكذلك لو باع ذمى من ذمى خنزيرا يجوز بيعه وكذلك لو غصب مسلم من ذمى خمرا فهلكت عنده الا أنه يضمن قيمتها ولا يضمن مثلها ولو أتلف مسلم على ذمى خنزيرا على قول أبى حنيفة لا يضمن شيأ وعلى قول أبى يوسف ومحمد يضمن قيمته وهذا كله عندنا لان عندنا الخمر والخنزير مال متقوم في حق أهل الذمة وأما عند الشافعي فلا ضمان في شيء من ذلك وقال والبيع باطل لانه ليس لهما تقوم عنده في حق أهل الذمة كما في حق المسلمين اهـ اتقانى ثم قال الاتقانى رحمه الله وأما الخنزير اذا أتلفه المسلم فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة خلافا لهما كذا ذكر الخلاف فخر الاسلام البزدوى في شرح الكافى لان الخنزير متقوم في حقهم كالخمر فيضمنه كما يضمن الخمر الا أن في الخمر وجبت القيمة وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر فوجبت

وخمر المسلم وخنزيره وهو معطوف على الحرة في قوله ولا تضمن الحرة أما منافع المغصوب فالمذكور مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله تضمن لان المنفعة مال متقوم مضمونة بالعقود كالاعيان لان المال اسم لما تميل اليه النفس مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة ألا ترى أنه يصلح صداقا ولم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال بالنص ولولا أنها مال لما صحت صداقا ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر ولولا أنها مال لما ملك لانه لا يملك العقد بغير المال وأوضح منه أن الاعيان انما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها وما لا ينتفع به فليس بمال فاذا لم تصر الاعيان مالا الا باعتبارها فكيف تنعدم المالية فيها وهي متقومة بنفسها لان التقوم عبارة عن العزة وهي عزيزة بنفسها عند الناس ولهذا يبذلون الاعيان لاجلها بل تقوم الاعيان باعتبارها فيستحيل أن لا تكون هي متقومة ولنا أن عمر وعليا رضي الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب أجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما أن المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع أولادها ولو كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما ولان المنافع حدثت بفعله وكسبه والكسب للكاسب لقوله عليه الصلاة والسلام كل الناس أحق بكسبه فلا يضمن ملكه ولان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد العادية ولا يتصور ذلك فيها لانها أعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها وكذا اتلافها لانه لا يخلو اما أن يرد عليها الاتلاف قبل وجودها أو حال وجودها أو بعد وجودها وكل ذلك محال أما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم لا يمكن وأما حال وجودها فلان الاتلاف اذا طرأ على الوجود رفعه فاذا قارنه منعه وأما بعد وجودها فلانها تنعدم كما وجدت فلا يتصور اتلاف المعدوم ولانها لو كانت أموالا مضمونة لضمنت بالمنافع لكونها أمثالها وهو أعدل فاذا لم تضمن بها لا يمكن أن تضمن بالاعيان لان الاعراض ليست بمثل للاعيان لان ما لا يبقى لا يكون مثلا لما يبقى وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والاجماع والاجارة أجيزت للضرورة أو لكونها برضا المتعاقدين وعند ذلك لا يشترط التساوى ألا ترى أن بيع الشيء بأضعاف قيمته يجوز ولا يجوز ذلك في ضمان العدوان فبطلت المقايسة فاذا لم يكن للمنفعة مثل لا يمكن القضاء ببدلها فيؤخر الى دار الجزاء حتى يحكم الله له بمثله لان عدم القضاء للعجز لا لعدم الحق والله على كل شيء قدير وبكل شيء عليم فصار بمنزلة الكية لا أرش لها في الدنيا أو اذا حصل له من غيره وقوله مال متقوم لا يسلم لان المال عبارة عن احراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة في نوائب الدهر وذلك لا يتحقق في المنافع لما ذكرنا والدليل عليه أنه يقال فلان متمول اذا كان له مال موجود محرز مدخر ولا يقال فلان متمول ولا مال له بالمأكول والمشروب وبكل ما يستعمله ولهذا لا تعتبر المنافع من الثلث في حق المريض حتى جاز له اعارة جميع ماله ولو كانت المنافع مالا لما جاز الا من الثلث وجوازها مهرا باتفاقهما لانها تصير مالا بالتراضي ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر وأحد الشريكين والمضارب والاب والوصي وقوله المال مخلوق لمصالحنا الخ قلنا هو كذلك لكن بصفة الاحراز يسمى مالا والمنافع لا يتصور فيها ذلك لاستحالة بقائها على ما بينا وأما خمر المسلم وخنزيره فلعدم تقومهما في حقه للنهي الوارد فيهما قال رحمه الله (وضمن لو كانا الذمى) أى ضمن متلف الخمر والخنزير ان كانا الذمى

وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما الذمي أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمي له أنهما غير متقومين في حق المسلم فوجب أن يكونا في حقهم كذلك لانهم أتباع لنا في الاحكام قال عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم وهذا يقتضي أن كل حق ثبت في حق المسلمين يثبت في حقهم لا أن حقهم يزيد على حق المسلمين ولان عقد الذمة خلف عن الاسلام فيثبت به ما يثبت بالاسلام اذ الخلف لا يخالف الاصل فيسقط تقومهما في حقهم ولا يصح بيعهما كما لا يصح في حق المسلم ولنا أنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون ألا ترى الى قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فلولا أنها متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك ولان الامر بالاجتناب في قوله تعالى فاجتنبوه يتناول المسلم فانتسخ في حقه فبقي في حق الكافر على ما كان عليه من قبل على ما يعتقد لان السيف والمحاجة موضوعان عنهم فتعذر الالزام بخلاف الميتة والدم لان أحدا لا يعتقد تمولهما وبخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد ولانه محرم عليهم في دينهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فانا نقتله لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيعه من المسلمين لان ولاية المحاجة والسيف ثابتة فيمكن الزامه فلا يجب له على متلفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن ولا ينعقد صحيحا ثم المسلم اذا أتلف خمر الذمي يجب عليه قيمتها وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه اياها لما فيه من اعزازها بخلاف الذمي اذا استهلك خمر الذمي حيث يجب عليه مثلها لقدرته عليه ولا يصار الى القيمة الا عند العجز وهو قادر على تمليكها وتملكها فلا يصار الى القيمة لان المثل أعدل ولو أسلم الطالب بعد ما قضي له بمثلها فلا شيء له على المطلوب لان الخمر في حقه ليست بمتقومة فكان باسلامه مبرئا له عما كان في ذمته من الخمر وكذا لو أسلما لان في اسلامهما اسلام الطالب ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم أسلم الطالب بعده قال أبو يوسف رحمه الله لا يجب عليه شيء وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان الاسلام الطارئ بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم على ما بينا فكذا الطارئ ولابي يوسف رحمه الله أن قبض الخمر المستحقة في الذمة قد تعذر استيفاؤها بسبب الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها أيضا لانها لو وجبت لا تخلو اما أن تجب باعتبار أصل السبب وذلك لا يمكن لان ذلك السبب أوجب عين الخمر دون القيمة ولم تكن القيمة واجبة في ذلك الوقت أو تجب باعتبار أنها بدل عن الخمر التي في الذمة ولا يمكن ذلك أيضا لان

القيمة وجه قول أبي حنيفة أن قيمة الحيوان قائمة مقام الحيوان حتى اذا جاء بقيمته بعد الاتلاف يجبر على القبول كما اذا جاء بالحيوان فيكون أداء قيمة الخنزير كتسليم الخنزير والمسلم لا يملك تسليم الخنزير فلا يملك تسليم قيمته أيضا بخلاف قيمة الخمر لان القيمة ليست في معنى الخمر لان الخمر من جملة ذوات الامثال وقيمة ماله مثل ليست في معنى عينه شرعا فلا يكون أداء القيمة كتمليك الخمر وهذا الذي ذكرنا من عدم الضمان في اتلاف المسلم الخنزير عند أبي حنيفة خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي حيث قال في شرحه قال أصحابنا اذا استهلك المسلم خمرا على ذمي ضمن قيمتها وكذلك الخنزير ولم يذكر الخلاف فيه بين أصحابنا ولكن ما ذكره صدر الاسلام قياس قول أبي حنيفة الذي مر في كتاب النكاح قبيل باب نكاح الرقيق فيما اذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فلها الخمر والخنزير اذا كانا عينين وان كانا دينين فالجواب على التفصيل عند أبي حنيفة ففي الخمر تجب القيمة وفي الخنزير يجب مهر المثل (قوله وقال الشافعي لا يضمنهما الذمي أيضا) احتج الشافعي بقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله أي بين أهل الذمة ووجه الاستدلال أن مما أنزل الله تعالى حرمة الخمر والخنزير فيجب الحكم عليهم بحرمتهما اهـ اتقاني (قوله بخلاف الميتة) ولكن هذا في الميتة التي ماتت حتف أنفها لان ذبيحة المجوسي ومخنوقته وموقوذته مال يجوز بيعها عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقد عرف ذلك في المختلف فعلى قول أبي يوسف ينبغي أن يجب الضمان ألا ترى الى ما قال القدوري في كتاب البيوع من التقريب وذبيحة المجوسي يجوز بيعها من كافر وقال محمد لا يجوز لنا أنه مال لهم أقروا على الانتفاع به كالخمر ولمحمد أن ذبائحهم ميتة فصار كالموات حتف أنفه اهـ اتقاني (قوله قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه) وروى أصحابنا في كتبهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهودهم ومن أربى فلا عهد له اهـ اتقاني (قوله وهو قادر على تمليكها وتملكها) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي فمن أتلف صليبا على نصراني ضمن قيمته صليبا لانا أقررناهم على هذا الصنيع فصار كالخمر التي هم المقرون عليها وقد قال أصحابنا ان الذمي يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم الا شرب الخمر وأكل الخنزير لانا استثنيناه بالامان ولو غنوا وضربوا بالعيدان منعناهم من ذلك كله كما نمنع المسلمين لانه لم يستثن بعقد الامان كذا ذكر القدوري في شرحه اهـ

من شرط البدلية تمليك ما في الذمة والذمي لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم كما أن المسلم لا يقدر أن يملكها فلانعدام الشرط تعذر استيفاء القيمة وهو نظير ما لو كسر قلب غيره ثم تلف المكسور في يد صاحبه ليس لصاحبه أن يضمن الكاسر شيأ لان شرط تضمين قيمته تمليك المكسور منه وذلك قد فات بخلاف الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هنالك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير أن يصير موجبا للملك في المحل كما في غصب المدبر قال رحمه الله (وان غصب خمرا من مسلم فخلل أو جلد ميتة فدبغ فللمالك أخذهما ورد ما زاد الدباغ) أي يأخذ الخل بغير شئ والجلد المدبوغ يأخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس وبالثاني اذا دبغه بماله قيمة كالعفص والقرظ بالظاء المشالة ونحو ذلك والفرق أن التخليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فتبقى على ملك المغصوب منه لان المالية لم تثبت بفعله وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وطريق معرفته أن ينظر الى قيمة الجلد ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل قال رحمه الله (وان أتلفهما ضمن الخل فقط) أي ان أتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل أن يردهما الى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد المدبوغ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد أيضا مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك كما في مسئلة الخل ثم يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فان الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغا ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وهذا لانه واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه كما في الوديعة والمستعار بخلاف الهلاك لانه لم يوجد منه التفويت وكونه غير مضمون عليه لا ينافي وجوب ضمان الجناية والاستهلاك جناية فيضمنه به كما في الوديعة والعارية والمستأجرة وكذا لو دبغه بشئ لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك فتبين بهذا أن الهلاك يفارق الاستهلاك وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بأن قضى لأحدهما بالدراهم وللآخر بالدنانير وأما عند اتحاد الجنس فيحط عن الغاصب قدر ما زاد الدباغ فيه ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ذلك القدر ثم الرد عليه ولابي حنيفة رحمه الله أن ماليته وتقومه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف فكذا التبع فصار كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد عليه حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان كان غير متقوم بخلاف ما اذا دبغه بشئ لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تبق حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يكون له حبسه ولا الرجوع ببدلها وبخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصبغ وبخلاف المستعار ونحوه لانه لم يتصل له به حق بالكلية فضلا أن تكون المالية حصلت بفعله وغير المضمون انما يضمن بالجناية اذا لم يكن مستفادا من جهة الجاني بعوض يستحقه عليه وأما اذا كان مستفادا من جهته به فلا ضمان عليه ألا ترى أن المشتري لما كان مالكا للمبيع من جهة البائع بثمن يجب عليه له لا يجب على البائع الضمان باستهلاك المبيع وهنا مالية المغصوب وتقومه حصل بفعل الغاصب بعوض يجب له على المالك فلا يجب عليه ضمانه بالاستهلاك حتى لو حدثت المالية بغير عوض يستحقها عليه يضمنه بالاستهلاك

(قوله بخلاف الهلاك) قال الاتقاني فان هلك في يد الغاصب فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يجب عليه الضمان بالهلاك لانه لم يهلك بفعله ولم يكن له جناية كذا قال الفقيه أبو الليث فاذا استهلكهما قال في الجامع الصغير يضمن الخل ولا يضمن الجلد وقال أبو يوسف ومحمد يضمن الجلد مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ فيه أما مسئلة الخل فالمراد منها الوجه الاول من وجوه التخليل وهو ما اذا خللها من غير خلط لانها استحالت مالا على ملك المغصوب منه من غير زيادة مال من جهة الغاصب فاذا استهلكها الغاصب ضمن قيمتها كما لو لم يتقدم الغصب ثم لم يذكر محمد في الجامع الصغير ماذا يضمن قالوا في شروح الجامع الصغير فالظاهر أنه يضمن المثل لانه مثلي الأن يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع فتجب قيمته ونص الكرخي في مختصره على وجوب المثل فقال في رجل غصب مسلما خمرا فجعلها خلا فاستهلكها فقال عليه خل مثله اه (قوله وكونه غير مضمون عليه لا ينافي الخ) يعني أن المستعار واجب الرد فاذا فوت المستعير الرد باستهلاكه تجب عليه القيمة وان فات فلا فكذا هنا الجلد واجب الرد فاذا فوته وجب عليه قيمته واذا هلك فلا اه غاية (قوله ولابي حنيفة أن ماليته الخ) قال الاتقاني فأما اذا كان الجنس واحدا فلا فائدة أن يضمن الغاصب خمسة عشر ويعطيه خمسة اه (قوله فصار كما اذا هلك من غير صنعه) أي لا يضمن بالاتفاق اه اتقاني (قوله لثبوته قبلها) أي لثبوت الملك قبل الصنعة اه

كما

(قوله لان للثوب قيمة) أي حتى لو غصبه جلداذكيا غير مدبوغ كان لصاحب الجلد أن يضمنه اهـ اتقاني وكتب على قوله لان الثوب قيمة ما نصه أي قبل الصبغ اهـ (قوله لانه بمنزلة غسل الثوب) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا اذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها فأما اذا ألقى صاحب الميتة الميتة في الطريق فأخذ رجل جلدها (٣٣٧) فدبغه فقد قالوا انه لا سبيل له على الجلد

كما في مسئلة تخليل الخمر والدبغ بشيء غير متقوم ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته فيما اذا دبغه بشيء متقوم ليس له ذلك بالاتفاق لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان الثوب قيمة وقيل عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له ذلك فيضمنه لان الغاصب صار عاجزا عن الرد بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيه يضمن الغاصب عندهما ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه مازاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو للمالك مجانا لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه والاكثرون على الاول ووجهه أن صفة الدباغة تابعة للجلد وهي غير معتبرة منفردة عن الجلد ولهذا لا يرجع بها على المالك عند دفع الجلد اليه فاذا صار الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذا تبعه بخلاف ما اذا دبغه بشيء متقوم ولو جعل الغاصب الجلد فروا أو جرابا أو زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى بفعل الغاصب وبه ملكه على ما بينا ثم ان كان الجلد ذكيا وجب عليه قيمته يوم الغصب وان كان جلد ميتة فلا شيء عليه هكذا ذكر في النهاية من غير تفصيل ولا خلاف معزيا الى الايضاح والذخيرة وينبغي أن يكون على الخلاف والتفصيل الذي تقدم في الاستهلاك لانه استهلاك معنى ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قيل عند أبي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه بالخلط صار مستهلكا لان الخلط استهلاك على ما عرف في موضعه فصار كالجلد اذا استهلكه بعد الدباغ باتخاذه الفرو أو بغيره وعندهما أخذه المالك وأعطاه مازاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب ومعناه أن يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكروه كأنهم اعتبروا الملح مائعا لانه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان عندهما ولو أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما ذكرنا في دبغ الجلد من أنه ليس له ذلك بالاتفاق أو عند أبي حنيفة رحمه الله وحده وعندهما له ذلك وقد بينا وجهه ولو استهلكه لا يضمنه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو مبني على ما بينا في دبغ الجلد وقد ذكرنا الوجه فيه من الجانبين ولو خللها بصب الخل فيها قيل تكون للغاصب بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه الله سواء صارت خلا من ساعتها أو بمرور الزمان عليها لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله لانه استهلاك وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير في التقدير كأنه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد رحمه الله وان كان مائعا الا ان الجنس لا يهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيها أنه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها أو بعد حين أما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية ينبغي أن يجب عليه الضمان اجماعا ذكره في النهاية معزيا الى قاضيخان عن الحلواني قال رحمه الله (ومن كسر معزفا أو أراق سكرا أو منصفا ضمن وصح بيع هذه الاشياء) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنها ولا يجوز بيعها لانها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر ولانه فعله باذن الشرع لقوله عليه الصلاة والسلام بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأى أحدكم منكرا فلينكر بيده فان لم يستطع فبلسانه

لان القاءها اباحة لاخذها فلا يثبت له الرجوع كالقاء النوى اهـ اتقاني (قوله ولو استهلكه الغاصب) أي بعد أن دبغه بما لا قيمة له اهـ (قوله يضمن قيمته مدبوغا) أي بالاتفاق ولكن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمن قيمته مدبوغا وقال بعضهم طاهرا غير مدبوغ اهـ اتقاني وكتب ما نصه واليه ذهب فخر الاسلام اهـ اتقاني (قوله ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه) قال الاتقاني وأما اذا خللها بالقاء الملح فيها وهو الوجه الثاني قال فخر الاسلام في شرحه فعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد يأخذه المالك ويعطيه الغاصب مازاد الملح فيه بمنزلة دباغ الجلد وصبغ الثوب وان أراد تركه وتضمينه لم يكن له حق التضمين في رواية وفي رواية له ذلك قياسا على جلد الميتة على ما يجيء بعد هذا وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فان ذلك صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وهكذا ذكر فخر الاسلام ومن وافقه ومن مشايخنا من جعل الجواب في الملح على التفصيل فان كان يسيرا لا قيمة له فحكمه حكم التخليل بغير شيء كالتشميس وان ألقى فيها ملحا كثيرا يأخذها المالك عندهم جميعا ويعطي الغاصب مازاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب كذا ذكر فخر الدين قاضيخان في شرحه اهـ اتقاني (قوله ولو استهلكه) أي استهلك الخمر الذي جعله خلا بالقاء الملح فيه اهـ اتقاني (قوله وقيل ظاهر الجواب الخ) قائله شمس الائمة الحلواني صرح بها الاتقاني اهـ (قوله وقالا لا يضمنها) قال الاتقاني وجه قولهما وهو الاستحسان اهـ

فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد ولهذا لو فعله بامر أولى الامر كالامام لا يضمن فبأمر الشرع أولى ولابى حنيفة رحمه الله أنه أتلف مالا ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية وقد وجد والامر بالمعروف باليد الى أولى الامر لقدرتهم عليه وليس لغيرهم الا باللسان على أنه يحصل بدون الاتلاف بالمنع بالاخذ منه ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما فى الامة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى وتجب قيمة السكر والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز فعله بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم فى حقهم وقد أمرنا بان نتركهم وما يدينون ثم قيل الخلاف فى الدف والطبل اللذين يضربان للهو وأما الدف والطبل اللذان يضربان فى العرس أو الغزو فيضمن بالاتفاق ولو شق زقا فيه خمر يضمن عنده ما لامكان الاراقة بدونه وعند أبى يوسف لا يضمن لانه قد لا يتيسر الاراقة الا به وذكر فى النهاية أن الدنان لا تضمن بالكسر ان كان باذن الامام والفتوى فى زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس وفى النهاية وذكر الصدر الشهيد فى باب العدوى والاعداء من أدب القاضى رواية عن أصحابنا رحمهم الله أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد حتى قالوا أيضا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل يراق العصير أيضا قبل أن يشتد و يقذف بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أحرق البيت على الثقفى حين سمع شرابا فى بيته وقد هجم عمر رضى الله عنه على نائحة فى منزلها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال انها لا حرمة لها وتكلموا فى قوله لا حرمة لها قيل معناه انها لما اشتغلت بما لا يحل فى الشرع فقد أسقطت بما صنعت حرمتها والتحقت بالاماء وروى أن الفقيه أبا بكر البلخى خرج على بعض نهر وكان النساء على شطه كاشفات الرؤس والذراع فقيل له كيف تفعل هذا فقال لا حرمة لهن انما الشك فى ايمانهن كانهن حربيات وانما قال ذلك استدلالا بما روى عن عمر رضى الله عنه ثم الامر بالمعروف فرض

(قوله وذلك أضعف الايمان) قال الاتقانى والاول للامراء والثانى للعلماء والثالث للعوام اه انظر ما يأتى فى الصفحة الآتية فى الشرح اه (قوله ولابى حنيفة أنه أتلف مالا الخ) قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى قال أبو حنيفة اذا كسر رجل على رجل بربطا أو طبلا ضمن قيمته خشبا منحوتا وقال فى المنتقى عن أبى حنيفة يضمن قيمته خشبا بحلها انما الذى يحرم منه التأليف وقالا لا ضمان عليه الى هنا لفظ القدورى وقال الفقيه أبو الليث كانوا يقولون ان معنى قول أبى حنيفة أنه يضمن قيمته أن لو اشترى لشئ آخر سوى اللهو فينظر لو أن انسانا أراد أن يشتريه ليجعله وعاء للملح أو غير ذلك بكم يشترى فيضمن قيمته بذلك المقدار وقال فخر الدين قاضيخان على قول أبى حنيفة يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية ففى الدف يضمن قيمته دفا يوضع القطن فيه وفى البربط يضمن قيمته قصعة يجعل فيها الثريد ونحو ذلك اه اتقانى وكتب ما نصه وهو القياس اه غاية (قوله بخلاف الصليب) أى الذى للنصرانى اذا أتلفه المسلم اه (قوله وأما الدف والطبل اللذان يضربان الخ) قال الامام العتابى فى شرح الجامع الصغير ولو كان طبل الغزاة أو طبل الصيد أو دف يلعب به الصبية فى البيت يضمن بالاتلاف اه اتقانى قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير روى عن أبى يوسف أنه حكى عن شريح أن رجلين اختصما اليه فى طنبور فلم يلتفت اليهما حتى قاما من عنده قال أبو يوسف لو كنت أنا القضيت بينهما فان كانت خصومتهما فى ذلك الشئ وهو فى يد أحدهما أو فى أيديهما كسرته وعزرتهما ولو كانت خصومتهما بان أحدهما كسره والآخر يطلب الضمان جزيت الذى كسر أجرا وعزرت الآخر وروى عن عبد الله بن عمر أنه رأى فى يد بعض الناس شيأ من المعازف فكسره فى رأسه ثم قال الفقيه أبو الليث وهذا الذى حكى أن أبا يوسف ومحمدا قالا انه لا ضمان عليه فى الدف والطبل اذا كان للهو وأما اذا كان طبل الغزاة أو الصيادين ينبغى أن يضمن وكذلك الدف اذا لم يكن للهو ينبغى أن يضمن اذا كان مثل ذلك يجوز ضربه فى العرس اه اتقانى ﴿فرع﴾ قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى قال محمد اذا أحرق الرجل بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش فان كان صاحبه قطع رؤس التماثيل قبل ذلك ضمن قيمته منقوشا وذلك لان نقش التماثيل معصية فلا يجوز أن يتقوم فى الضمان كما لا يتقوم الغناء فى الجارية المغنية فاذا قطع رؤس التماثيل فذلك نقش غير ممنوع منه فيتقوم على الغاصب وقال فيمن أحرق بساطا فيه تصاوير رجال ضمنه مصورا لان التماثيل فى البساط ليست بمحرمة ألا ترى أن البساط يوطأ واذا لم تكن محرمة ضمنها وقال فيمن هدم بيتا مصورا بالاصباغ تماثيل ضمنه قيمة البيت وأصباغه غير مصور لان التماثيل فى البيت منهى عنها كذا ذكر القدورى فى شرحه اه اتقانى رحمه الله (قوله ان كان باذن الامام) يعنى لما كان الامر بالمعروف باليد للامراء لم يلزم الضمان على الكاسر باذنهم اه غاية وكتب ما نصه عزاه الاتقانى الى الفتاوى الصغرى فى آخر كتاب الجنايات اه (قوله ثم الأمر بالمعروف) انظر الصفحة السابقة فى الشرح اه

فرض ان كان يغلب على ظنه أنه يقبل منه ولا يسعه تركه ولو علم أنه يهان بذلك أو يضرب وهو لا يصبر على ذلك أو تقع الفتن فتركه أفضل ولو علم أنه يصبر على الضرب والضرر ولم يصل الى غيره بذلك ضرر فلا بأس به وهو مجاهد بذلك ولو علم منهم أنهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر أفضل قال رحمه الله (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة لا أم الولد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن أم الولد أيضا لانها متقومة عندهما كالمدبرة وعنده غير متقومة بخلاف المدبرة وقد ذكرناه ووجهه من الجانبين في كتاب العتق والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الشفعة ﴾

وهي في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين يقال شفع الرجل شفعا اذا كان فردا فصار له ثان والشفيع فيما نحن فيه يضم المأخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة قال رحمه الله (هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه) هذا في الشرع ومعناه اللغوي موجود فيه وهو الضم وزيد عليه أوصاف من التملك للبقعة على وجه الجبر وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب والصغار لاسيما اذا كان يضادّه كما قيل أضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها أن يكون المحل عقارا سفلا كان أو علوا احتمل القسمة أو لا وأن يكون العقد عقد معاوضة مال بمال وركنها أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها أن الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدإ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب قال رحمه الله (وتجب للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ان كان خاصا ثم للجار الملاصق) لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به رواه مسلم والنسائي وأبو داود وعن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والدور رواه عبد الله بن أحمد في المسند وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا رواه أبو داود وأحمد والدارقطني وابن ماجه وقال عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار من غيره رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه ما كان رواه أحمد والنسائي وابن ماجه وانما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكرها هنا

ذكر كتاب الشفعة بعد كتاب الغصب لمناسبة بينهما لان في كل واحد منهما تملك مال الانسان بغير رضاه وفرقهما أن الشفعة مشروع والغصب غير مشروع بل هو عدوان محض وكان القياس أن يقدم كتاب الشفعة لشرعيتها ولكن قدم الغصب لكثرة الحاجة الى معرفته لانه يقع كثيرا في المعاملات كالبياعات والاجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها لاسيما هذا الزمان فانه زمان الظلم والحيف والتعدي ولقد أحسن من قال

الظلم في خلق النفوس فان تجد * ذا عفة فلعلة لا يظلم

اه اتقاني رحمه الله تعالى (قوله في المتن هي تملك البقعة الخ) قال الاتقاني ثم الشفعة (٣٣٩) عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اه (قوله وسببها اتصال ملك الشفيع الخ) وقيل سببها البيع كما سيأتي قبيل قوله وتستقر بالاشهاد اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وسبب الشفعة أحد الاشياء الثلاثة الشركة في البقعة والشركة في الحقوق والجوار على سبيل الملاصقة وعند الشافعي لا تستحق بالجوار وسيجيء بيان الخلاف اه وكتب أيضا ما نصه والسبب فيها أصل الشركة لا قدرها وأصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كثر شركاؤه وجواره أو قل اه بدائع (قوله وايقاف الدواب والصغار) فان قلت في المملوك بالارث والهبة والوصية لا تثبت الشفعة فتنتقض عليكم قلنا انما لا تثبت في هذه الصور لوجهين أحدهما أن هذه الاسباب لا يكثر وجودها فلا حاجة الى اثبات حق الشفعة لدفع الضرر الحاصل بها بخلاف البيع فانه يكثر وجوده والثاني لو ثبتت الشفعة بهذه الاشياء اما أن تثبت بعوض أو لا بعوض والثاني ليس بمشروع في الشفعة والاول لا يمكن لان حق الشفعة انما ثبت في الشرع بالتملك بمثل الثمن الذي اشتراه أو بقيمته كما اذا اشترى دارا بعبد يأخذها بقيمة العبد وفي هذه المواضع لم يملك الدار بثمن فكيف يأخذها به أو بقيمته ألا ترى أن الخلطة سبب الشفعة بالاتفاق ومع هذا لا تثبت الشفعة بالخلط بهذه الاشياء اه اتقاني رحمه الله (قوله سفلا كان أو علوا) اذ الشفعة لا تجب في المنقولات قصدا بل تثبت تبعا للعقار اه معراج (قوله وأن يكون العقد عقد معاوضة) أي ومن شرطها طلب الشفيع اه اتقاني (قوله وقال صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه الخ) والسقب القرب والمراد منه الشفعة ويجوز كتابته بالسين والصاد جميعا

كالصراط يقال دار فلان بسقب دار فلان أى بقرب منها وأبيات القوم متساقبة أى متقاربة وسقبت الدار وأسقبت لغتان فصيحتان والمنزل سقب ومسقب كذا فى الجمهرة اهـ اتقانى (قوله وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة بالجوار الخ) وعند أهل المدينة مثل يحيى بن سعيد الانصارى وربيعة بن أبى عبد الرحمن ومالك بن أنس لا شفعة بالجوار وبه يقول الشافعى وأحمد واسحق ومذهب سفيان الثورى وعبد الله ابن المبارك مثل مذهبنا أن الجار له شفعة كذا ذكر الترمذى فى جامعه اهـ اتقانى (قوله ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس) أى لان تملك مال الغير بغير رضاه لا يعقل اهـ اتقانى ﴿فرعان﴾ قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعا بثلاثة معان بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع أو بالشركة فى حقوق ذلك أو بالجوار الاقرب فالاقرب وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ماهى مفردة لبعضهم وساحة الدار موضوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها وباب الدار التى فيها المنازل فى زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء فى المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبى بحقوقه من الطرق فى الساحة وغيرها فالشريك فى المنزل أحق بالشفعة من الشريك فى الساحة ومن الشريك فى الزقاق الذى فيه باب الدار فان سلم الشريك فى المنزل الشفعة فالشريك فى الساحة أحق بالشفعة وان سلم الشريك فى الساحة فالشريك فى الزقاق الذى لا منفذ له الذى يشرع فيه باب الدار أحق بعدهما بالشفعة من الجار الملاصق وجميع أهل الزقاق الذين طريقهم فيه شركاء فى الشفعة من كان فى أدناه وأقصاه فى ذلك سواء فان سلم الشركاء فى الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له فى الزقاق بعد هؤلاء أحق وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة ممن لا طريق له فى الزقاق وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد اهـ اتقانى قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره قال وقيل أبو يوسف فى دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه فى الدار أحق بالشفعة فى ذلك ولا شفعة لصاحب الطريق قال وقال وكذلك دار بين رجلين لاحدهما حائط فى الدار بينه وبين رجل يعنى بأرضه فباع الذى له شرك فى الحائط نصيبه من الدار والحائط قال فالشريك فى الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك فى الحائط فى الدار وله الشفعة فى الحائط وأرضه وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بئر فى الدار بينه وبين رجل آخر فباع الذى له الشرك فى البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك فى الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك فى البئر فى الدار وله شفعة فى البئر اهـ اتقانى (قوله قراحان) القراح الارض البارزة التى لم يختلط بها شئ والماء

لانها وجبت لدفع الضرر الدائم الذى يلحقه من جهته على ما بينا فكل ما كان أكثر اتصالا كان أخص بالضرر وأشد تعاهده فكان أحق بها القوة الموجب لها فليس للاضعف أن يأخذ مع وجود الاقوى الا اذا ترك فحينئذ يأخذ اذا أشهد بأنه يطلبها عند علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط حقه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يأخذ وان ترك لانه محجوب به قلنا تحقق السبب فى حقه وانما قدم عليه غيره لقوته فاذا ترك كان له أن يأخذه وهو نظير دين الصحة مع دين المرض وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة بالجوار لقول جابر رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة فى كل مال لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه البخارى وقال عليه الصلاة والسلام اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه الترمذى وصححه وقال عليه الصلاة والسلام اذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس كيلا يلزمه مؤنة القسمة وهذا المعنى لا يتحقق فى الجار لانه لا يقاسم ولهذا لا تجب عنده فى المشترك اذا كان لا يحتمل القسمة كالبئر والحمام والبيت الصغير لوقوع الامن من لزوم المؤنة وانما ماروينا والمراد بما روى والله أعلم أنها لا تجب للجار بقسمة الشركاء لانهم أحق منه وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الاحاديث ولا نسلم أن الشفعة وجبت لدفع أجرة القسمة وكيف يكون ذلك وأجرة القسمة مشروعة وكيف يجوز الحاق الضرر بالمشترى بأخذ ماله بغير رضاه لدفع حكم مشروع وانما العلة الموجبة دفع ضرر يلحقه بسوء العشرة على الدوام ولو كان لدفع أجرة القسمة لوجبت فى المنقول وقوله ان كان خاصا أى الشرب أو الطريق ان كان خاصا يستحق به وان لم يكن خاصا لا يستحق به الشفعة والطريق الخاص أن يكون غير نافذ وان كان نافذا فليس بخاص وان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار فى السفلى فلاهلها الشفعة دون أهل العليا وان بيعت دار فى العليا فلاهل السكتين الشفعة لان فى العليا حقا لاهل السكتين حتى كان لهم كلهم أن يمروا فيها وليس فى السفلى حق لاهل العليا حتى لا يكون لهم أن يمروا فيها ولا لهم فتح الباب اليها على ما بينا فى كتاب القضاء والشرب الخاص عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يكون نهرا صغيرا لا تجرى فيه السفن وان كان كبيرا بحيث تجرى فيه السفن فليس بخاص فاذا بيع أرض من الاراضى التى يسقى منها لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل اذا كان أهله لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون فهو صغير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا فى حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بأربعين وعن أبى يوسف رحمه الله الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

وقيل هو مفوض الى رأى المجتهدين فى كل عصر ان رأوهم كثيرا كانوا كثيرا وان رأوهم قليلا كانوا قليلا وهو أشبه الاقاويل قال رحمه الله (والشريك فى خشبة على الحائط وواضع الجذوع على الحائط جار) ولا يكون شريكا لأن الشركة المعتبرة هى الشركة فى العقار لا فى المنقول والخشبة منقولة ووضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكا فى الدار وكذا بالشركة فى الجذوع لا يكون شريكا فيها لكنه جار ملازق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر فيستحق الشفعة على انه جار ملاصق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا بينهما كان هو أولى من غيره من الجيران ويتأتى ذلك بأن يبنى الشريكان فى المشترك ثم يقتسما الارض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه على الشركة وانما كان هو أولى لانه شريك فى بعض المبيع والشريك أولى أما فى موضع البناء فظاهر لكونه شريكا فيه وأما فى الباقى فكذلك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله لان الضرر أخص به حيث كان شريكا فى البعض فيقدم على الجار وفى رواية أخرى عنه هو والجار سواء فى غير موضع الجدار لان استحقاقه الشفعة فى غير موضع الجدار بالجوار وغيره من الجيران يساوونه فيه وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكا فى منزل من الدار أو بيت منها فبيعت الدار كان هو أحق بالمنزل لما ذكرنا واستووا فى البقية فى رواية لان كلهم جيران فى حق البقية وكذا لو كانت دار بين رجلين ولاحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه فى الدار فباعها كان الشريك فى الدار أولى بشفعة الدار لانه شريك فيها والآخر جار والشريك فى البئر أولى بالبئر لانه شريك فيها والآخر جار وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين عليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين آخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه فى العلو والسفل لشريكه فى السفل لان كل واحد منهما شريك فى نفس المبيع فى حقه وجار فى حق الآخر أو شريك فى الحق اذا كان طريقهما واحدا قال رحمه الله (على عدد الرؤس بالبيع) أى تجب الشفعة بالبيع وتقسم على عدد الرؤس اذا كانوا كثيرين وقال الشافعى رحمه الله على مقدار الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا ترى أنها لتكميل المنفعة فأشبه الغلة والربح والولد والثمرة ولنا أنهم استووا فى سبب الاستحقاق لوجود علة استحقاق الكل فى حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل والاستواء فى العلة يوجب الاستواء فى الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوة فيها ألا ترى أن أحد الخصمين اذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء وكذا صاحب الجراحات مع صاحب جراحة واحدة بخلاف الحز مع الجرح فان الحز أقوى لانه لا يتخلف عنه الموت فكان أولى باضافة الموت اليه وما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر الملك وعلة ملك الغير لا تتولد من ملكه فكيف يجعل من ثمراته بل العلة أصل الملك لا قدره والحكم لا يزاد بزيادة العلة ولو أسقط بعضهم حقه قبل القضاء لهم كان لمن بقى أن يأخذ الكل لان السبب لاستحقاق الكل قد وجد وتقرر فى حق كل واحد منهم والتشقيص للمزاحمة وقد زالت ونظيره الرهن فانه يحبس بكل الدين وبكل جزء من أجزائه ولهذا لو أوفى البعض أو كان رهنا عند رجلين فقضى دين أحدهما ليس له أن يأخذ شيأ من الرهن بخلاف ما اذا أسقط حقه بعد القضاء حيث لا يكون له أن يأخذ نصيب التارك لانه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم فى نصيب الآخر ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين فى الجميع لان الغائب يحتمل أن لا يطلب فلا يؤخر بالشك وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة لما ذكرنا ثم اذا حضر وطلب الشفعة قضى له بها لتحقق طلبه غير أن الغائب اذا كان يقاسمه الحاضر لا يقضى له بالكل اذا أسقط الحاضر حقه لتحقق انقطاع حقه عن الباقى بالقضاء وهو نظير ما لو قضى للشريك ثم ترك ليس للجار أن يأخذ لانه بالقضاء للشريك انقطع حقه وبطل لانه قضى عليه بذلك لتقدمه عليه ولو أراد الشفيع أن يأخذ البعض ويترك البعض فليس له ذلك الا برضا المشترى لانه

القراح الذى لم يختلط به شئ كذا فى تهذيب الديوان اه اتقانى (قوله والاستواء الخ) لو كان أحدهما جارا ملاصقا من جانب واحد والآخر ملاصق من ثلاثة جوانب فهما سواء اه شرح مغنى للقاآنى (قوله بخلاف الحز) أى حز الرقبة اه (قوله حيث لا يكون له) أى لمن بقى اه

يلحقه ضرر بتفريق الصفقة عليه ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه به لاعراضه ويقسم بين الباقين على عدد رؤسهم وكذا لو كان أحد الشفيعين حاضرا والآخر غائبا فطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب أنه يستحق في النصف بطلت شفعته لانه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة فاذا ترك في شئ منها وجد الاعراض فيه فسقط في الكل لكونه لا يتجزأ وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما ولو طلب أحدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف وللآخر أن يأخذ الكل أو يترك وليس له ان يأخذ النصف لما ذكرنا والباء في قوله بالبيع تتعلق بتجب في قوله تجب للخليط معناه تجب له الشفعة بعقد البيع أي بعده لا أنه سبب له لان السبب هو الاتصال على ما بينا والشرط رغبة المالك عنها حتى اذا أقر بالبيع أخذها الشفيع لوجود رغبته عنها وقيل البيع هو السبب بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح لكونه اسقاطا قبل وجود سببه وهو البيع ولو كان السبب الاتصال لصح لكونه بعد وجود السبب وجوابه أنه انما لم يصح الاسقاط قبله لفقد شرطه وهو البيع لان السبب لا يكون سببا الا عند وجود شرطه كما في الطلاق المعلق قال رحمه الله (وتستقر بالاشهاد) لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار كما أنه لا بد له من طلب المواثبة وهو أن يطلب كما سمع لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها وقال عليه الصلاة والسلام الشفعة كحل العقال ولان رغبته فيها بذلك تعلم ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد قال رحمه الله (وتملك بالاخذ بالتراضي أو قضاء القاضي) أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ لان ملك المشتري قد تم بالشراء فلا يخرج عنه الى الشفيع الا برضاه أو بحكم الحاكم لان للحاكم ولاية عامة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي عليه فكان أولى بذلك ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه الا بأحد الامرين المذكورين الا أن أخذ الشفعة بقضاء القاضي أحوط حتى كان للشفيع أن يمتنع من الاخذ اذا سلم المشتري له بغير قضاء لان في القضاء زيادة فائدة وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين سبب ملكه له فاذا كانت المشفوعة تملك بأحد الامرين فقبل وجود أحدهما لا يثبت له فيها شئ من أحكام الملك حتى لا تورث عنه اذا مات في هذه الحالة وتبطل شفعته اذا باع داره التي يشفع بها ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب طلب الشفعة ﴾

قال رحمه الله (فان علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب ثم على البائع لو في يده) أي اذا كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار فهذان طلبان فالاول طلب المواثبة والثاني طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الاخذ والتملك ولا بد من هذه الثلاثة أما الاول وهو طلب المواثبة فلما روينا وبينا من المعنى والشرط أن يطلب كما علم على الفور من غير تأخير ولا سكوت لان سكوته بعد العلم يدل على رضاه

(قوله حتى اذا أقر بالبيع) أي وجحد المشتري اه (قوله لوجود رغبته عنها) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي والشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدليل انه لو ادعى انه باع داره من زيد فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشئ عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري ثم قال وهذا المعنى هو سبب الشفعة اه اتقاني (قوله أو بحكم الحاكم) قال الاتقاني ولا يملك الشفيع الدار قبل تسليم المشتري اليه أو قضاء القاضي (٢٤٣) وان أثبت شفعته بطلبين طلب المواثبة وطلب التقرير حتى ان المبيع لو كان كرما فأكل المشتري ثماره سنين فانه لا يكون مضمونا عليه ولا يطرح عن الشفيع شئ من الثمن لما أكل من ثماره اذا كانت الثمار حدثت بعد ما قبض المشتري الكرم فهذا معنى قولنا انه يملك بالاخذ لا بالطلب على الانفراد كذا في شرح الطحاوي اه

﴿ باب طلب الشفعة ﴾

(قوله في المتن أشهد في مجلسه على الطلب) قال في الهداية والاشهاد فيه أي في طلب المواثبة ليس بلازم قال الكاكي لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة حتى يمكنه الحلف حين طلب المشتري حلفه أنه طلبها كما سمع وفي الذخيرة وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عند الطلب لا لانه شرط صحة هذا الطلب بل لاعتبار ثبوته على المشتري عند انكاره الطلب اه (قوله فالاول طلب المواثبة) وسمي الطلب الاول طلب المواثبة تبركا بلفظ الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب هو الذي يسرع في طي الارض بمشيه اه اتقاني (قوله والشرط أن يطلب كما علم) أي على الفور سواء كان عنده انسان أو لم يكن وفي كتاب الاجناس نقل عن كتاب الشفعة لوسى بن نصر صاحب محمد بن الحسن يحتاج الشفيع أن يطلبها ساعة بلغه البيع ويتكلم بلسانه بالطلب حضره الشهود أو لم تحضره وقال الحسن ابن زياد من قول نفسه ليس عليه أن يتكلم بالطلب اذا لم يكن بحضرته أحد اه اتقاني

رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرته فتبطل شفعته به ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشتري والثمن لان السكوت انما يكون دليل الرضا بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضا الا اذا كان بعد العلم بالزوج ثم اذا أخبر بحضرة الشهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته أحد يطلب من غير اشهاد لان هذا الطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود والطلب لا بد منه كي لا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى وليمكنه الحلف اذا حلف ولئلا يكون معرضا عنها وراضيا بجوار الدخيل ويشترط أن يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ وهو مروي عن محمد رحمه الله تعالى وعنه أن له التأمل الى آخر المجلس كالمخيرة لانه تملك فلا بد من التأمل فيه كسائر التملكات وبهذه الرواية أخذ الكرخي رحمه الله ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم أو سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد الاضرار به والثالث لافتتاح الكلام به ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض فلا يدل ذلك قبل العلم به على الاعراض وكذا لو قال خلصني الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره رجلان غير عدلين أو واحد عدل عند أبي حنيفة رحمه الله أو رجل وامرأتان لان فيه الزاما من وجه دون وجه فيشترط فيه أحد شطري الشهادة إما العدالة أو العدد وقد ذكرناهما من قبل مع أخواتها وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا اذا كان الخبر حقا واذا لم يشهد بطلت شفعته ولو أخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم وأما الثاني وهو طلب التقرير

(قوله ويشترط أن يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ) يعني أن عامة المشايخ على أن طلب الشفعة على الفور اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني والاصل هنا أن طلب الشفعة على الفور في رواية وفي رواية هشام على المجلس وهو اختيار الكرخي قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا بيعت الدار ولها شفيع فبلغ ذلك الشفيع فان محمدا قال في الاصل ان لم يطلب مكانه بطلت شفعته قال القدوري في شرحه وهذا يقتضي أن الطلب على المجلس ثم قال الكرخي وقال ابن سماعة عن أبي يوسف ان لم يطلب حين بلغه بطلت شفعته وقال في موضع آخر فان لم يطلب ساعتئذ بطلت شفعته قال وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف قال القدوري وهذا يقتضي أن الطلب على الفور ثم قال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد اذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضا وهو ترك للشفعة قال القدوري وهذا يدل أنه على الفور ثم قال الكرخي وقال هشام عن محمد في نوادره اذا بلغه فسكت هنيهة ثم ادعاها من ساعته فهو على شفعته قال القدوري وهذا يفيد المجلس وقال ابن أبي ليلى ان ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت شفعته وقال الشعبي (١) ان تركها بطلت وقال شريك لا تبطل أبدا حتى يبطلها بقوله كذا ذكر القدوري في شرحه وجه رواية الفور قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها وقوله عليه الصلاة والسلام انما الشفعة كنشطة عقال ان قيدها ثبتت والا ذهبت ووجه رواية المجلس أنه خيار تملك كخيار القبول والمخيرة ولانه يتروى لينظر هل يصلح له الاخذ أم لا يصلح وذلك لا يمكن على الفور واذا ثبت أنها على المجلس وهو أصح الروايتين كان على شفعته ما لم يقم أو يتشاغل بغير الطلب اه (قوله وعنه أن له التأمل الى آخر المجلس) أي روى عن محمد أن الشفيع مجلس العلم اه اتقاني (قوله وبهذه الرواية أخذ الكرخي) قال الاتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره بعد ما ذكر فيه روايات الاصل والنوادر وليس هذا عندي اختلافا في رواية ولا معنى لان جميع العبارات انما أريد بها أن لا يكون الطلب متراخيا عن الحال تراخيا يدل على ترك المطالبة بالشفعة أو الاعراض عنها وهو عندي على مثال ما قالوا في المخيرة في الطلاق في رجل قال لزوجته أمرك بيدك وكخيار المشتري اذا أوجب له البائع البيع قال قد بعتك هذا العبد بألف فللمشتري خيار الرد أو القبول في المجلس ما لم يظهر منه ما يستدل به على الاعراض عن الجواب والترك اه اتقاني (قوله لا تبطل شفعته على هذه الرواية) يعني الرواية الثانية عن محمد التي عبر عنها بقوله وعنه الخ وهي التي اختارها الكرخي قال الاتقاني قال الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره سألت محمدا عن رجل قيل له ان فلانا باع داره وهو شفيعها فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها أو قال سبحان الله أو قال الله أكبر قد ادعيت شفعتها أو لقي صاحبه الذي يدعي الشفعة قبله فبدأه بالسلام قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها أو قال حين أخبر بالبيع من اشتراها أو بكم باعها أو عطس صاحبه فشمته قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها قال محمد هو في هذا كله على شفعته الى هنا لفظ الكرخي ثم قال الاتقاني وقال في النوازل سئل أبو بكر البلخي عن الشفيع اذا سلم على المشتري قال تبطل شفعته اه (قوله وقد ذكرناهما من قبل مع أخواتها) أي في آخر فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي (قوله اذا كان الخبر حقا) وجه قولهما أنه من أخبار المعاملات فيقبل فيه قول الواحد عدلا كان أو غير عدل كسائر أخبار المعاملات اه اتقاني (قوله ولو أخبره المشتري بنفسه) أي بان قال اشتريت دار فلان اه (قوله وأما الثاني وهو طلب التقرير) أي والاشهاد اه هداية

﴿فرع﴾ قال في خلاصة الفتاوى الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان أشهد حين أصبح صح اه اتقاني

---

(١) قول المحشي ان تركها بطلت هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطا فحرر اه كتبه مصححه

فلابد من الاشهاد فيه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد والتقرير حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه البيع بحضرة الشهود والمشترى أو البائع حاضر أو كان عند الدار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين ذكره شيخ الاسلام وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذى سمع فيه ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده أو على المشترى أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وانما صح الاشهاد عند هؤلاء الثلاثة لان المشترى والبائع خصم فيه بالملك أو باليد وأما عند العقار فلتعلق الحق به ولا يكون البائع خصما بعد تسليم المبيع الى المشترى لعدم الملك واليد فلا يصح الاشهاد عليه بعده هكذا ذكره القدوري والناطفي وذكر شيخ الاسلام أنه يصح استحسانا ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وان قصد الابعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جميعا في مصره جاز استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكما كأنهم في مكان واحد وان كان بعضهم فيه والبعض في مصر آخر أو في الرستاق فقصد الابعد وترك الذى في مصره بطلت شفعته قياسا واستحسانا لتباين المكانين حقيقة وحكما وان كان الشفيع غائبا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة الى أحد هذه الثلاثة وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان مطالبة غير معلوم لا تصح فما لم يبين المطلوب لم يكن للطالبة اختصاص بالمبيع فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب وأما الثالث وهو طلب الاخذ والتملك فلا بد منه أيضا لانه لا يحكم له به بدون طلبه ونبين كيفية هذا الطلب من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ثم لا تسقط بالتأخير) أى لا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب وهو طلب الاخذ بعدما استقرت شفعته بالاشهاد وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته لانه دليل الاعراض والتسليم كما في تأخير الطلبين الاولين وقال محمد رحمه الله ان أخر هذا الطلب الى شهر من غير عذر بطلت شفعته وعنه أنه قدره بثلاثة أيام لانه لو لم تسقط بتأخيره لحق المشترى ضرر من جهته لانه يمتنع عن التصرف فيه خشية أن ينقض تصرفه وهو مدفوع قال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ثم قدر تلك المدة بثلاثة أيام في رواية لانها هى التى ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء وفي رواية قدرها بشهر وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف رحمهم الله لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه الظاهر أن حقه قد تقرر بالاشهاد فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق وما ذكر من الضرر يمكنه ازالته بأن يرفع الامر الى الحاكم فيأمره بالاخذ أو بالترك على أنه مشكل بما اذا كان الشفيع غائبا حيث لا تسقط بالتأخير ولو كان ضرره مراعى اسقطت اذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين أن يكون حاضرا أو غائبا ولو كان التأخير بعذر من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط بالاجماع وان طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره وقال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على أنه اذا أخر شهرا سقطت الشفعة لتغير أحوال الناس في قصد الاضرار بالغير قال رحمه الله (فان طلب عند القاضي سأل المدعى عليه فان أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء فان أقر به أو نكل أو برهن الشفيع قضى بها) أى اذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سأل القاضي المدعى عليه وهو المشترى عن الدار التى يشفع بها الشفيع هل هى ملك الشفيع أم لا فان أقر بأنها ملكه أو أنكر ونكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه سأل القاضي المشترى عن الشراء فيقول له هل اشتريت أم لا

(قوله لانه على الفور) قال الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي ثم يذهب على الفور بعد طلب المواثبة الى الدار أو الى البائع أو الى المشترى فيطلب الشفعة عند واحد من هؤلاء ويشهد على ذلك ويسمى هذا طلب التقرير ولو ترك هذا أو أخر من غير عذر تبطل شفعته اهـ اتقاني (قوله أو على المشترى) أى سواء كانت الدار في يده أو لا لان الملك له ويأخذ الشفعة منه اهـ دراية (قوله وذكر شيخ الاسلام أنه يصح استحسانا) أى لان الاشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشترى اهـ درايه (قوله وأما الثالث) أى من أنواع الطلب اهـ (قوله وهو طلب الاخذ والتملك) وسماه بعضهم طلب الخصومة قال الاتقاني وسماه في شرح الكافي طلب الاستحقاق وهو أن يرفع الشفيع الامر الى القاضي فيثبت حقه عنده بالحجة اهـ (قوله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية) أى وعليه الفتوى اهـ هداية (قوله بطلت شفعته) أى وهو قول زفر اهـ هدايه (قوله لا تسقط بالتأخير) أى بالاتفاق اهـ كاكى (قوله وقال شيخ الاسلام) أى وقاضيخان في جامعه وصاحب المنافع والخلاصة اهـ كاكى قال الكاكي فكان ما اختاره في الكتاب بان الفتوى على قول أبي حنيفة مخالف الرواية هذه الكتاب اهـ

فان أقر بأنه اشترى أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الاخذ الموعود به فذكر هنا سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع أولا عقيب طلب الشفيع وليس كذلك بل القاضي يسأل المدعي أولا قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها لانه ادعى فيها حقا فلا بد من أن تكون معلومة لان دعوى المجهول لا تصح فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها فاذا بين ذلك سأله هل قبض المشتري الدار أم لا لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع فاذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها لان الناس يختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صالح أو يكون هو محجوبا بغيره فاذا بين سببا صالحا ولم يكن محجوبا بغيره سأله أنه متى علم وكيف صنع حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد (١) وهل كان الذي أشهد عنده كان أقرب من غيره أم لا على الوجه الذي بيناه فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه تم دعواه وأقبل على المدعى عليه فسأله عن الدار التي يشفع بها هل هي ملك الشفيع أم لا وان كانت هي في يد الشفيع وهي تدل على الملك ظاهرا لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيسأله عنه فان أنكر أن يكون ملكا له يقول للمدعي أقم البينة أنها ملكك فان عجز عن البينة وطلب يمينه استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه حقا لو أقر به لزمه ثم هو في يد غيره فيحلف على نفي العلم وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يحلف على البتات لان المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار كما اذا ادعى عليه الملك بسبب الشراء فان نكل أو قامت للشفيع بينة أو أقر المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب وبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه فيقول له هل اشتريت أم لا فان أنكر الشراء قال للشفيع أقم البينة أنه اشترى لان الشفعة لا تجب الا بالشراء فلا بد من اثباته بالحجة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين المشتري استحلف بالله ما اشترى أو بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تحليف على الحاصل وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والاول على السبب وهو قول أبي يوسف رحمه الله على ما بيناه في الدعوى وانما يحلف على البتات لانه تحليف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي مثله يحلف على البتات على ما عرف في موضعه فان نكل أو أقر أو قامت للشفيع بينة قضى بها لظهور الحق بالحجة قال رحمه الله (ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل بعد القضاء) بل يجوز له المنازعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي له بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد رحمه الله أن القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله احترازا عن توى الثمن ووجه الظاهر أن الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ولا يطالب بادائه والاحضار للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضاء ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشتري أن يحبس العقار عنده حتى يدفع الثمن اليه لانهما نزلا منزلة البائع والمشتري وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله أيضا لانه فصل مجتهد فيه ولو أخر دفع الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه لا تبطل بالاجماع لتأكدها بالقضاء بخلاف ما اذا أخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد رحمه الله حيث تبطل لعدم التأكد قال رحمه الله (وخاصم البائع لو في يده) أي للشفيع أن يخاصم البائع اذا كان المبيع في يده لان له يدا محقة أصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير

(قوله سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها) قال الاتقاني رحمه الله وشرط في الفتاوى بيان حدود دار الشفيع التي طلب الشفعة بها بان قال أنا شفيعها بالجوار بداري التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا ولا يشترط تحديد دار الشفيع على ما قال الخصاف بل اذا قال أنا شفيع الدار التي اشتراها فلان من فلان وهي في بلدة كذا في محلة كذا في سكة كذا وبين حدودها بداري التي تلازقها كفى وان لم يذكر حدود داره قال الفقيه أبو الليث وأما الطلب عند الحاكم أن يقول اشترى هذه الدار التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا وأنا شفيعها بالجوار بداري التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا طلبت أخذها بشفعتي فمره بتسليمها الي بشفعتي هذه اهـ اتقاني (قوله يقول للمدعي الخ) وقال زفر وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف ليس عليه اقامة البينة على الملك لان اليد دليل على الملك ألا ترى أن الشهود يشهدون بالملك بمشاهدة اليد فوجب أن يقضي بالشفعة لاجلها ولنا أن اليد ظاهر في الملك والظاهر يدفع به الدعوى ولا يستحق به على الغير اهـ اتقاني (قوله وطلب) أي الشفيع اهـ (قوله وهو قول أبي يوسف) أي وقد مر الكلام فيه في فصل كيفية اليمين اهـ (قوله احترازا عن توى الثمن) أي اذ لو قضى القاضي قبل احضار الثمن لم يأمن أن يكون الشفيع مفلسا فيتعجل ملك الدار ويتأخر الثمن عن المشتري وهذا لا يجوز وليس كذلك البيع لان الملك ينتقل برضا البائع فلذلك استوى ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه اهـ اتقاني

---

(١) قوله وهل كان الذي أشهد عنده كان هكذا في النسخ بتكرار لفظ كان اهـ مصححه

ونحوهما لان يدهم ليست باصالة فلا يكون خصما قال رحمه الله (ولا يسمع البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بشهادته والعهدة على البائع) لان الشفيع مقصوده أن يستحق الملك واليد فيقضى القاضى بهما فيشترط حضور البائع والمشترى للقضاء عليهما بهما لان لاحدهما يدا وللآخر ملكا فلا بد من اجتماعهما لان القضاء على الغائب لا يجوز ولان أخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض ولا يجوز أن يفسخ عليهما الا بحضرة منهما لانه قضاء عليهما بالفسخ وهو لا يجوز على الغائب بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لان العقد قد انتهى بالتسليم فصار البائع أجنبيا عنهما ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا أن يجعل فسخا فى حق الاضافة الى المشترى لان المبيع قد فات بالاخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بأنه انفسخ بالاضافة الى المشترى وبقى أصل العقد لان انفساخه يوجب سقوط الشفعة وهى انما تجب بعقد البيع فيجعل العقد مضافا الى الشفيع قائما مقام المشترى كأن البائع باعه له وخاطبه بالايجاب فجعل العقد متحولا الى الشفيع فلم ينفسخ أصله وانما انفسخ اضافته الى المشترى ونظيره فى المحسوسات من رمى سهما الى شخص فتقدم غيره فأصابه فالرمى بنفسه لم ينتقض والتوجه الى الاول قد انتقض بتخلل الثانى وتوجه اليه فكذا هنا تحولت الصفقة الى الشفيع كأن العقد من الابتداء وقع معه قال رحمه الله (والوكيل بالشراء خصم للشفيع ما لم يسلم الى الموكل) لان الخصومة فيها من حقوق العقد وهى الى العاقد أصيلا كان أو وكيلا ولهذا لو كان البائع وكيلا كان للشفيع أن يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشترى كما اذا كان البائع هو المالك على ما بينا الا أنه اذا سلمها الى الموكل لا يد للوكيل ولا ملك له فلا يكون خصما بعده فصار كالبائع فانه يصير خصما ما لم يسلمها الى المشترى فاذا سلمها لم تبق يد ولا ملك له فخرج من أن يكون خصما وهذا مثله غير أنه لا يشترط للقضاء حضور الموكل لان الوكيل نائب عنه لانه أقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره كحضور الموكل ولا كذلك البائع لانه ليس بنائب عن المشترى فلا بد من حضور المشترى للقضاء عليه بخروجه عن ملكه والاب ووصيه كالوكيل قال رحمه الله (وللشفيع خيار الرؤية والعيب

(قوله فى المتن ولا يسمع البينة حتى يحضر المشترى الخ) قال الكرخى فى مختصره فاذا صح الاشهاد على ما ذكرنا وأراد أن يقضى له بالدار بالشفعة فان كانت الدار لم تقبض أحضر البائع والمشترى جميعا ولا يقضى له حتى يحضرا جميعا فان أحضر أحدهما دون الآخر لم يحكم له فان كانت الدار قد قبضت فالخصم هو المشترى وحده فاذا أحضر حكم عليه فاذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا والدار فى يد البائع انتقض البيع الذى كان بين البائع والمشترى ويسلم الشفيع الثمن الى البائع وكانت عهدة الشفيع على البائع بالثمن ويرجع الشفيع على البائع بالثمن اذا كان نقده الى هنا لفظ الكرخى وقال الكرخى أيضا فى مختصره فاذا أخذ الدار بالشفعة من يد المشترى فالبيع الاول صحيح ويدفع الشفيع الثمن الى المشترى وعهدة الشفيع على المشترى وذلك لان الشىء انتقل من ملك المشترى فلم يجب بذلك فسخ بيعه كما لو باعه وأورد القدورى ههنا سؤالا وجوابا فى شرحه فقال فان قيل اذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق للمشترى فاذا أخذ الشىء من يد المشترى انفسخ ملك المشترى كما ينفسخ اذا أخذ من يد البائع أصله المستحق اذا أخذ من يد المشترى والجواب ان أخذ الشفيع من يد المشترى لو كان فسخا لم يجز أن يقضى الا بحضور البائع (٦ ع ٣) فلما اتفقوا على أنه يقضى على المشترى بالشفعة بغير محضر البائع دل على أن الاخذ منه ليس بفسخ ويفارق هذا الاستحقاق لانه تبين بالاستحقاق أن البائع لم يكن مالكا وانما فسخنا البيع اذا أخذ من يد المالك لسقوط القبض وهذا لا يوجد اذا أخذ من المشترى واذا ثبت ما ذكرنا قلنا ان كانت الدار أخذت من يد البائع فالعهدة عليه لان العهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن وكان رده عليه ولان البيع انفسخ بين البائع والمشترى وانتقل المبيع من ملك البائع فكانت عهدته عليه وأما اذا أخذت من المشترى فان العهدة عليه لانه هو القابض للثمن ولان الشىء انتقل من ملكه وهذا مذهبنا وعند الشافعى عهدة الشفيع على المشترى فى الوجهين وقال زفر عهدته على البائع فى الوجهين اهـ اتقانى مع حذف (قوله فى المتن والوكيل بالشراء خصم الخ) قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ومن اشترى دار الرجل بأمره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة فانه ينظر ان كان الوكيل لم يسلم الدار الى الموكل كان للشفيع أن يأخذ الدار منه ويكتب عهدته عليه وينقد الثمن اليه ويدفعه الوكيل الى الموكل وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل أخذها منه وينقد الثمن اياه ويكتب العهدة عليه وروى عن أبى يوسف أنه قال لا يأخذ من يد الوكيل لانه انما اشتراه للموكل وهو ليس بخصم فيها ولكن يقال سلم الدار الى الموكل ثم يأخذها الشفيع منه وفى ظاهر الرواية ما ذكرنا أنه يأخذها من يد الوكيل اذا كانت فى يده لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فيكون فى حقوق عقده كالمالك والشفعة من حقوق العقد اهـ غاية (قوله والاب ووصيه كالوكيل) قال فى الهداية وكذا اذا كان البائع وصيا للميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال الاتقانى يعنى يكون الوصى هو الخصم للشفيع اذا باع ما يجوز بيعه لانه العاقد بيان ذلك أن الورثة اذا كانوا كلهم كبارا حضورا ولا دين ولا وصية فليس للوصى بيع شىء من التركة لعدم الولاية على الكبار فان كان الكبار غيبا فله بيع العروض دون العقار لان له ولاية الحفظ وان كان الورثة صغارا فله بيع الكل

والعيب وان شرط المشترى البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة شراء من المشترى ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران فيه كما اذا اشتراه منهما باختيارهما ولا يسقط خياره برؤية المشترى ولا بشرط البراءة منه لان المشترى ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته فى حقه قال رحمه الله (وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى) لان الشفيع يدعى عليه استحقاق الاخذ عند نقد الاقل والمشترى ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشترى لا يدعى على الشفيع شيأ فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون فى معنى ما ورد به النص فامتنع القياس قال رحمه الله (وان برهنا فللشفيع) أى وان أقاما البينة فالبينة بينة الشفيع وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله البينة بينة المشترى لانها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة أولى كما اذا اختلف البائع والمشترى أو الوكيل بالشراء مع الموكل فى مقدار الثمن أو المشترى من العدو مع المالك القديم فى ثمن العبد المأسور وأقاما البينة فان بينة البائع والوكيل والمشترى من العدو أولى لما فيها من اثبات الزيادة ولهما أن بينة الشفيع أكثر اثباتا لانها ملزمة للمشترى وبينة المشترى ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الاخذ والترك ولانه لا تنافى بين البينتين فى حق الشفيع لانه أمكن أن يعمل بهما بأن يثبت العقدان فيأخذ المشترى بأيهما شاء فلا يصار الى الترجيح لان الاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما وهو نظير ما اذا اختلف المولى مع عبده فقال المولى قلت لك اذا أديت الى ألفين فأنت حر وقال العبد قلت لى اذا أديت الى ألفا فأنت حر وأقاما البينة فان البينة بينة العبد إما لانها ملزمة أو لانه لا تنافى فيثبت التعليقان ويعتق العبد بأداء أى المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد بها أما البائع والمشترى فلان كل واحد من البينتين ملزمة حتى يخير كل واحد منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ بأيهما شاء لان العقد الثانى يكون فسخا للاول فى حقهما فلا يأخذ المشترى الا بالثانى فاذا تعذر الجمع صرنا الى الترجيح بالزيادة وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثانى فى حق الشفيع فيأخذ بأى العقدين شاء ولهذا لو باعه المشترى من غيره كان له أن يأخذه بالبيع الثانى ان شاء وان شاء بالاول وأما الوكيل والموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن البينة بينة الموكل فلا يرد والفرق على الظاهر أن الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى لوقوع المبادلة الحكمية بينهما ولهذا يجرى التحالف بينهما فكانت بينة كل واحد منهما ملزمة ولا يمكن العمل بهما فصرنا الى الترجيح بالزيادة ولا كذلك الشفيع مع المشترى ولهذا لا يجرى التحالف بينهما على ما بينا وأما المالك القديم مع المشترى من العدو فقد ذكر فى السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم والمعنى فيه أن بينته ملزمة وبينة المشترى من العدو غير ملزمة لتخير المالك القديم بين الاخذ والترك فصار كالشفيع ولئن سلمنا ففيها العمل بالبينتين غير ممكن فى حق المالك القديم لان البيع الاول ينفسخ بالثانى فوجد التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة وفى حق الشفيع لا ينفسخ فلم يوجد التعارض قال رحمه الله (وان ادعى المشترى ثمنا وادعى بائعه أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع) لان الامر ان كان

لانه قائم مقام الاب ولو كانوا صغارا أو كبارا فله بيع العروض والعقار من نصيب الصغار والكبار عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا له بيع نصيب الصغار من العروض والعقار دون نصيب الكبار الحضور فان كانوا غيبا باع عروضهم لا عقارهم كذا فى المختلف اه اتقانى رحمه الله (قوله ولا بشرط البراءة منه) قال الامام العتابى فى شرح الجامع الصغير الاخذ بالشفعة شراء من وجه من حيث انه تملك بثمن معلوم حتى يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب واستيفاء حقه من وجه حتى يستوى فيه القضاء وعدم القضاء (٣٤٧) والرضا وعدم الرضا ولو بطل يبطل لا الى خلف حتى لا يكون المأخوذ مضمونا له سلامة البناء ونحوه مثاله اذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله خيار الرؤية وخيار العيب سواء كان ذلك للمشترى أو لم يكن ولو بنى فيها بناء أو غرس غرسا ثم استحقت الدار والعقار وأمر بقلع البناء والغرس يرجع على من أخذ منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس عليه لانه لم يضمن له سلامة البناء لانه أخذه على كره منه ان أخذه بقضاء وكذا اذا أخذه بغير قضاء لانه يستوفى عين حقه لانه انما يأخذه بحق متقدم على البيع لكونه متقدما على الدخيل فيستوى فيه القضاء وغير القضاء كالرجوع فى الهبة لما كان الراجع أخذ عين حقه بحق متقدم على الهبة يستوى القضاء والرضا اه اتقانى (قوله والمشترى لا يدعى) أى لان الشفيع مخير بين أخذ المبيع وتركه فلم يتحقق كونه مدعى عليه لانه هو الذى اذا ترك الدعوى لا يترك والشفيع اذا ترك الدعوى يترك فلم يكن اختلافهما فى معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف اه اتقانى (قوله أو المشترى من العدو) أى الحربى اه (قوله لانه أمكن أن يعمل بهما) أى لانه يجوز أن يشترى مرتين مرة بألف ومرة بألفين فأمكن تصديق البينتين اه كاكى (قوله ولئن سلمنا) اى أن بينة المشترى أولى كما هو ظاهر الرواية اه اتقانى (قوله أخذها الشفيع بما قال البائع) أى ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الدار فى يده أو فى يد المشترى اه اتقانى

(قوله وقبضت الثمن) أى وقال المشترى بالفين اه غاية (قوله ولا شئ له على الغريم) أى مؤاخذة لكل منهما باقراره تأمل تدر اه
(قوله حتى يأخذه بما بقى) هذا اذا حط البائع أما اذا حط وكيل البائع عن المشترى بعض الثمن صح حطه و يضمن قدره للبائع ولا يكون
ذلك حطا عن الشفيع لان حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد اه فتاوى قاضيخان وكتب ما نصه قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابى وان زاد البائع فى الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول فلا يصح تفسيرهما فى حقه وكذلك
لو باعها المشترى من آخر
بثمن أكثر من ذلك كان
للشفيع أن يأخذها بالثمن
الاول من المشترى الآخر
ويرجع المشترى الآخر على
البائع الثانى بما بقى له لان
حق الشفيع تعلق بالعقد
الاول وتكون العهدة على
المشترى الاول لانه أخذه
بقضية العقد الاول ومتى
انتقض العقد الثانى لم يسلم
للمشترى الدار فيرجع بالثمن
وقد وصل اليه بعضه من يد
الشفيع فيرجع بالبقية
على بائعه ان كان قد دفع
الثمن اليه ولو أخذه بالبيع
الثانى كان له ذلك ولا يكون
تسليما للبيع الاول وهو
يصلح سببا لاستحقاق الشفعة
كالبيع الاول ومتى أخذه
بالشراء الثانى من يد المشترى
الآخر كانت العهدة عليه
ولا يرجع على بائعه بشئ
لانه وصل اليه تمام حقه
وكذلك لو وهبها المشترى
وسلمها أو رهنها أو تزوج
عليها امرأة كان للشفيع
أن يبطل ذلك كله و يأخذها
بالشفعة الاولى لان هذه
التصرفات تبطل حقه فى
البيع الاول فكان له حق
النقض ليعيدها على ملك
المشترى و يأخذ بالحق الذى له وهذا بخلاف المشترى شراء فاسدا اذا تصرف شيأ من هذه التصرفات لا يكون للبائع حق فلا
النقض وان كان حق الاسترداد ثابتا له لانه فعل ما فعل بتسليطه فجاز أن لا يكون له حق النقض لتعلق حق الغير به بخلاف الشفيع
وليس لاحد من هؤلاء على الشفيع شئ من الثمن انما الثمن للمشترى الاول لان التملك وقع عليه ولا يأخذ الدار حتى ينقد الثمن لانه عند
تحول الصفقة اليه نزل منزلة المشترى والمشترى منزلة البائع فلا يكون بسبيل من أخذه حتى يصل الثمن الى بائعه اه اتقانى

كما قاله البائع فالشفيع يأخذه به وان كان كما قاله المشترى يكون حطا عن المشترى بدعواه الاقل وحط
البعض يظهر فى حق الشفيع على ما بينا فى البيوع فيأخذه به ولان تملك المشترى بايجاب البائع فكان
القول قوله فى مقدار الثمن مادامت مطالبته باقية فيأخذ الشفيع بقوله ولو كان ما ادعاه البائع أكثر
مما ادعاه المشترى تحالفا وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك لان المنكول
كالاقرار بما يدعيه خصمه وان حلفا فسخ القاضى العقد بينهما على ما عرف فى كتاب الدعوى
يأخذها الشفيع بما يقوله البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لان حقه ثبت بالبيع
فلا يقدران على ابطاله بالفسخ ألا ترى أن الدار اذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه وان كان الرد
بقضاء قال رحمه الله (وان قبض أخذها بما قال المشترى) أى لو كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع
بما قال المشترى اذا ثبت ذلك بالبينة أو بيمينه على ما بينا لان البائع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق
بالاجانب لانتهاء حكم العقد به فلا يلتفت الى قوله فبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى على حاله وقد
بينا أن القول فيه قول المشترى ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن
يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لان اقراره بمقدار الثمن صحيح قبل
قبض الثمن و بعده لا يصح على ما بينا والثمن غير مقبوض ظاهرا لان الاصل عدم القبض فيبقى حتى
يوجد ما يبطله و بقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد ابطال حق الشفيع لانه اذا قبض الثمن يخرج من البين
فيكون أجنبيا فلا يقبل اقراره بمقدار الثمن على ما بينا فلا يقبل قوله قبضت فى حق الشفيع لانه يريد
بذلك أن يجعل نفسه أجنبيا حتى لا يقبل اقراره بمقداره فيرد عليه فيأخذها المشترى بألف ولو بدأ بقبض
الثمن قبل بيان القدر بأن قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت الى قوله فى مقدار الثمن
لانه لما أقر بقبض الثمن أولا خرج به من البين فصار أجنبيا فلا يعتبر قوله فى مقدار الثمن على ما بينا وقال
فى النهاية نظيره ما اذا قال الوصى استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم
بل كان على ألفا درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصى ضامن للالف ولا شئ له على الغريم ولو قال
استوفيت منه ألف درهم وهو جميع ما للميت عليه فقال فلان كان على ألفا درهم وقد أوفيتك الكل
فللوصى أن يرجع عليه بألف أخرى لانه لما بين قبض الجميع صار أجنبيا فلا يقبل بيان قدره بعده ومالم
يبين أنه قبض الجميع لا يكون أجنبيا فيقبل قوله فى بيان قدره فيكون القول لخصمه لانكاره فى الأولى
دون الثانية قال رحمه الله (وحط البعض يظهر فى حق الشفيع لا حط الكل والزيادة) أى حط بعض
الثمن يظهر فى حق الشفيع حتى يأخذه بما بقى ولا يظهر حط الكل فى حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد
البيع حتى لا تلزمه الزيادة ولا يسقط عنه شئ من الثمن فيأخذه بجميع المسمى عند العقد لان الحط لما
التحق بأصل العقد صار الباقى هو الثمن كأنه لم يسم غير ذلك ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه
بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق فى الصورتين فيرجع الشفيع على المشترى بالزيادة ان كان أوفاه
الثمن ولو حط بعض الثمن بعد تسليم الشفعة كان له أن يأخذها بالباقى لانه تبين له أن الثمن أقل فلا
يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لا يلتحق بأصل العقد لانه لو التحق لكان هبة أو بيعا بلا ثمن وهو فاسد

فلا شفعة فيهما وكذلك الزيادة تلتحق بأصل العقد وانما لا تظهر في حق الشفيع لانه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملكان ابطال حقه الثابت له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يتغير بتجديدهما العقد لما يلحقه بذلك من الضرر يلتحق به في نفسه لان له ولاية على نفسه دون الشفيع بخلاف بيع المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة في حقه أيضا حتى جاز بناؤهما عليه الاندليس فيه ابطال حق أحد لان المشترى لا يستحق عليه أحد بيع المرابحة فيلتحق في حقهما بأصل العقد وفيه خلاف زفر والشافعى رحمهما الله وقد بيناه في البيوع وبينا الحط من الجانبين قال رحمه الله (وان اشترى دارا بعرض أو عقار أخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليا) لان الشفيع يتملكها بمثل ما تملكها المشترى به ثم المثل لا يخلو اما أن يكون مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددى المتقارب أو معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فيأخذه لانه بدل لها ولهذا لو اشتراها بعقار يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر قال رحمه الله (وبحال لو مؤجلا أو يصبر حتى يمضى الاجل فيأخذها) أى يأخذها من المشترى بثمن حال اذا كان الثمن مؤجلا أو يصبر حتى يمضى الاجل فيأخذها عند ذلك وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر والشافعى ومالك رحمهم الله له ذلك لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذى ملك به المشترى بصفته والاجل صفة الدين ألا ترى أنه يقال دين مؤجل ودين حال ولنا أن الاجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشترى لا يكون اشتراطا في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ورضاه به في حق المشترى لا يدلنا على رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه ولا نسلم أنه وصف للدين لان الاجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولو كان وصفا له لاستحقه الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الاجل من غير شرط ولو كان صفة له لثبت ثم ان أخذها من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشترى لتحول الصفقة الى الشفيع على ما بينا من قبل ورجع البائع على الشفيع بثمن حال وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل لان الاجل ثبت بالشرط فلا يبطل بأخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشترى بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له أن لا يلتزم الضرر الزائد وقوله أو يصبر أى عن الاخذ أما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله أولا ثم رجع عنه وقال لا تبطل شفعته بالتأخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الاعراض ولهما أن حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له أن يأخذه بثمن حال ولولا أن حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة قال رحمه الله (وبمثل الخمر وقيمة الخنزير ان كان الشفيع ذميا وبقيمتهما لو مسلما) أى لو اشترى ذمى من ذمى عقارا بخمر أو خنزير فان كان شفيعه ذميا أخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع يقضى بصحته فيما بينهم فاذا صح ترتب عليه أحكام البيع ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميا كان الشفيع أو مسلما غير أن الذمى لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذها بها لانها من ذوات

(قوله في المتن أخذها الشفيع بقيمته) ويعتبر قيمة ذلك الشئ وقت الشراء لا وقت الاخذ اه منافع (قوله يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر) أى يأخذ شفيع كل واحد منهما مشفوعه بقيمة الآخر اه منافع (قوله في المتن وبحال لو مؤجلا) وهذا اذا كان الاجل معلوما أما اذا كان مجهولا كالحصاد والدياس ونحو ذلك وقال الشفيع أنا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك لان الشراء بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد كذا في الذخيرة اه غاية (قوله والشافعى) (٣٤٩) أى في القديم اه هداية (قوله في المتن وبمثل الخمر وقيمة الخنزير الخ) قال في الهداية والمسلم والذمى في الشفعة سواء قال الاتقانى قال الشيخ أبو الحسن الكرخى في مختصره وأهل الاسلام في استحقاق الشفعة وأهل الذمة والمستأمنون من أهل الحرب والعبيد المأذون لهم في التجارة والاحرار والمكاتبون والمعتق بعضه في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم أو وجب عليهم من ذلك والخصماء فيما يجب على الصبيان آباؤهم فان لم يكونوا فأوصياء الآباء فان لم يكونوا فالاجداد من قبل الاب فان لم يكونوا فأوصياء الاجداد فان لم يكونوا فالامام أو الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فيه وأهل العدل وأهل البغى في الشفعة أيضا سواء الى هنا لفظ الكرخى رحمه الله قال القدورى في شرحه وقال ابن شبرمة لا شفعة للكافر وقال الخرقى من أصحاب أحمد بن حنبل ولا شفعة لكافر على مسلم ولنا ما روى أن شريحا قضى للذمى على مسلم بالشفعة

فكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فأجازه ولانه حق متعلق بالبيع فاستوى فيه المسلم والذمى كالرد بالعيب اه وكتب ما نصه ثم قيد شراءه بالخمر والخنزير احترازا عما اشتراه بالميتة فالبيع باطل ولا شفعة فيه اه كاكى قوله بالميتة أو دم اه اتقانى وقوله ولا شفعة فيه أى لان الشفعة لا تجب بالبيع الباطل اه (فرع) المسلم اذا اشترى في دار الحرب دارا وشفيعها مسلم لا شفعة فيها وان أسلم أهلها الان أحكامنا غير جارية فيها فلا شفعة حال البيع كذا في الشامل اه اتقانى

(قوله ولو كان شفيعها مسلما وذميا الخ) قال الاتقاني واذا اشتراها بخمر وشفيعها كافر ومسلم فهما سواء في الشفعة لانهما سواء في علته و يأخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والكافر نصفها بمثل نصف الخمر لان الاخذ بالمثل يمكن في حقه فان أسلم قبل أن يأخذها لم تبطل شفعته لان الاسلام ليس بمبطل للحقوق (٢٥٠) ولكن يأخذ بقيمة الخمر كالمسلم الاصلي سواء اه (قوله والمستأمن كالذمي)

الامثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من تمليكها وتملكها فيجب عليه قيمتها كما في ضمان العدوان والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام عينه فوجب أن يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه لانا نقول انما يحرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها بل يملكها بأن أسلم المشتري قبل أخذ الشفيع الدار بالشفعة فان الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير ولو كان شفيعها مسلما وذميا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخمر أو مثلها اعتبارا للبعض بالكل ولو أسلم الذمي صار حكمه كحكم المسلم من الابتداء فيأخذها بقيمة الخمر والخنزير كما اذا كان الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فانه يأخذها بقيمته للتعذر كذا هذا والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكرنا من الاحكام لالتزامه أحكامنا مدة مقامه في دارنا فصار كالذمي في تلك المدة ولا فرق بين أن يكون المشتري دارا أو بيعة أو كنيسة فان الشفيع يأخذه بالشفعة لان ملك الذمي فيها ثابت اذا كان يعتقد أن ملكه لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة وان كان يعتقد أنه يزول فكذلك أيضا لانه باقدامه على بيعها صار معتقدا جواز بيعها والذمي اذا دان بدينا ينفذ تصرفه على مقتضى ديننا وان كان في دينهم لا يجوز ولهذا اذا ترافعوا الينا نحكم بينهم بأحكامنا والمرتد لا شفعة له وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمي أسلم أو فاسق تاب ولو أسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لان الاسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه كما اذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض فان البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمة العبد قال رحمه الله (وبالثمن وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري أو غرس أو كلف المشتري قلعهما) أي اذا بنى المشتري أو غرس في الارض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا وان شاء كلف المشتري قلعهما فيأخذ الارض فارغة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكلفه بالقلع ولكنه بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله لانه ليس بمتعد في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل بأحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرعها المشتري فان كل واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه فكذا المشتري في المشفوعة ولهذا لا يكلف قلع الزرع وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس أهون من ضرر المشتري بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض وهو البناء والغرس فلا يعد ضررا ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شيء فكان الاول أهون فكان أولى بالتحمل ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وانما قلنا ذلك لان حق الشفيع أقوى من حق المشتري ولهذا تنقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف بناء الموهوب له على قول أبي حنيفة رحمه الله والمشتري شراء فاسدا لانه بتسليط منه ولا تسليط من الشفيع هنا ولان حق الاسترداد للواهب والبائع ضعيف ولهذا لا ينقض تصرفهما فلا يبقى بعد البناء وحق الشفيع قوي فيبقى بعده كما يقلع المستحق بناء المغرور وغرسه وله أن يأخذه بقيمته مقلوعا كالمستحق ولا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر لان الترجيح انما يصار اليه

أي في حق الشفعة اه غاية (قوله والمرتد لا شفعة له) قال الاتقاني وقال أي في الشامل باع المرتد دارا ثم قتل لا شفعة فيها عند أبي حنيفة خلافا لهما لان عند أبي حنيفة تصرف المرتد موقوف فاذا اتصل به الموت حكم بأنه لم يكن صحيحا وعند أبي يوسف هو بمنزلة مريض وعند محمد هو بمنزلة من عليه القصاص تصرفه صحيح فكذلك هذا فلو أسلم قبل اللحاق جاز بيعه وللشفيع الشفعة بالاجماع لما عرف وقال أيضا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيعها فقتل لا شفعة له ولا لورثته لانه بالقتل تبين أنه في حكم من زال ملكه في وقت البيع ولا لورثته لان الملك ليس بثابت لهم حقيقة وقال أيضا اشترى المرتد ثم قتل لم تبطل شفعة الشفيع لان شفعته متعلقة بالخروج من ملك البائع وقد خرج اه اتقاني (قوله والخمر غير مقبوضة) أي والدار غير مقبوضة أو مقبوضة اه غاية (قوله فلا تبطل بانتقاضه) أي ثم يأخذها الشفيع بقيمة الخمر ان كان مسلما أو كان المأخوذ منه مسلما اه غاية (قوله حتى الوقف الخ) سيأتي أيضا في كلام الشارح عند قوله في باب ما تبطل به الشفعة وبموت الشفيع اه (قوله والمسجد الخ) قال الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوي ولو جعلها المشتري مسجدا أو مقبرة تدفن فيها الموتى أو رباطا ثم جاء الشفيع كان له أخذها وابطال كل ما صنع المشتري فيها اه

عند التساوي وربما لا يوافقه فيحتاج الى قلعه فيلحقه ضرر زائد وفي الزرع القياس أن يقلع الا أنا استحسنا وقلنا لا يقلع لان له نهاية معلومة كيلا يتضرر المشتري بالقلع من غير عوض وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لانه يترك باجر قال رحمه الله (وان فعلهما الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط) معناه أن الشفيع لو أخذ الارض بالشفعة فبنى فيها أو غرس ثم استحقت فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن لانه تبين أن المشتري أخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم تكن في ملكه فيسترد منه الثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان أخذها منه ولا على المشتري ان أخذها منه معناه لا يرجع بما نقص بالقلع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع به لانه متملك عليه فكان كالمشتري ووجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشتري أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع أخذها منه جبرا ونظيره الجارية المأسورة اذا أخذها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها أو بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع اليه من القيمة أو الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف ما لو كان مشتريا حيث يرجع بهما على البائع لانه مغرور من جهته قال رحمه الله (وبكل الثمن ان خربت الدار أو جف الشجر) ومعناه لو اشترى أرضا فيها بناء أو غرس فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شيء لانهما تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ولهذا يبيعهما في هذه الصورة مرابحة من غير بيان بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الفائت بعض الاصل هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب وأما اذا بقي شيء من ذلك وأخذه المشتري لانفصاله من الارض حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه عين مال قائم بقي محتبسا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ قال رحمه الله (وبحصة العرصة ان نقض المشتري البناء) أي يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن ان نقض المشتري البناء لانه صار مقصودا بالاتلاف والتبع اذا صار مقصودا به يقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليها بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة لانه صار له قيمة بالحبس ونقض الاجنبي البناء كنقض المشتري قال رحمه الله (والنقض له) أي النقض للمشتري لان الشفيع انما كان يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال قال رحمه الله (وبثمرها ان ابتاع أرضا ونخلا وثمرا أو أثمر في يده) أي يأخذها الشفيع مع ثمرها ان كان المشتري اشترى الارض مع ثمرها بان شرطه في البيع أو أثمر عند المشتري بعد الشراء لان الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط لانه ليس بتبع بخلاف النخل والقياس أن لا يكون له أخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها ووجه الاستحسان أنه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه ولانه متولد من المبيع فيسري اليه الحق الثابت في الاصل الحادث قبل الاخذ كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشتري يملك الولد تبعا للام كذا هذا قال رحمه الله (وان جذه المشتري سقط حصته من الثمن) أي في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراها بثمرها بالشرط فكان له فيسقط من الثمن بحصته وان هلك

(قوله وفي الزرع القياس أن يقلع) قال الاتقاني ولو أن المشتري زرع في الارض ثم حضر الشفيع فان المشتري لا يجبر على قلعه بالاجماع ولكنه ينظر الى وقت الادراك ثم يقضى للشفيع اه (قوله في المتن وان فعلهما الشفيع فاستحقت الخ) قال في الهداية ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذ منه ولا على المشتري ان أخذها منه وعن أبي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه اه قال الاتقاني قال الكرخي في مختصره واذا اشترى الرجل دارا فأخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحقت الدار فان المستحق يأخذ الدار ويقال للشفيع اهدم بناءك ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء ان كان أخذ الدار من يده لانه ليس بمغرور وهو أدخل نفسه في الاخذ بالشفعة وأجبر من كانت في يده على تسليم ذلك اليه وهذه الرواية المشهورة وهي رواية محمد في الاصول ولم يحك عن أحد من أصحابنا خلافا وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال سمعت أبا يوسف سئل عن رجل اشترى دارا وأخذها رجل بالشفعة فاستحقت الدار من يده وقد بنى فيها على من يرجع بقيمة البناء قال على الذي قبض الثمن وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن الشفيع يرجع على المشتري بقيمة البناء الى هنا لفظ الكرخي (قوله حيث يسقط من الثمن بحصته) أي لان الارض ليس بعضها بتبع لبعض فاذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال والبناء تبع للارض فاذا سلم للمشتري سقط حصته وان لم يسلم له لم يسقط اه اتقاني ﴿ فرع ﴾ قال الشيخ الامام أبو الحسن الكرخي في مختصره قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا أبا يوسف قال في رجل

اشــترى دارا فهدم بناءها فباعه ثم جاء شفيعها فانه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنيا وعلى قيمة الارض فما أصاب الارض يأخذها الشفيع بذلك هكذا قال أبو حنيفة وكذلك لو نزع بابا من الدار فباعه ولو احترق البناء حتى ذهب أو غرق من غير فعله حتى ذهب فلم يبق منه شئ فان أبا حنيفة قال فى ذلك يأخذ الشفيع بجميع الثمن أو يترك فان انهدم البناء فكان على الارض مهدوما فان الثمن يقسم على قيمة البناء مهدوما وعلى قيمة الارض فيأخذ الشفيع الارض بما أصابها ولا سبيل له على البناء اذا زايل الارض الى هنا لفظ الكرخى فى مختصره قال القدورى فى شرحه أما وجوب الشفعة فى البناء المتصل فلانه فى حكم الجزء من العرصة بدلالة دخوله فى العقد من غير تسمية وأما اذا هدمه فلا شفعة فيه عندنا ومن أصحاب الشافعى من قال يأخذه مع الدار وهذا فاسد لانه منفصل عما تعلقت به الشفعة فلم يكن

بآفة سماوية فكذلك لانه لما دخل بالتسمية صار أصلا فيسقط بحصته من الثمن بفواته وأما فى الفصل الثانى فيأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ فى المبيع الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يحط عنه من الثمن فى الفصل الثانى أيضا لان حال المشترى مع الشفيع كحال البائع مع المشترى قبل قبض المبيع ولو أكل البائع الثمر الحادث بعد العقد سقط حصته من الثمن فكذا هنا ثم رجع الى ما ذكر فى الكتاب من أنه لا يسقط شئ من الثمن لان الشفيع يأخذ بما قام على المشترى وهو قام عليه المبيع بدون الثمر بجميع الثمن فيأخذه به وهذا لان الحادث من الثمر بعد القبض لا حصة له من الثمن بخلاف ما اذا كانت موجودة عند العقد لانها تدخل قصدا على ما بينا وبخلاف الحادثة قبل القبض عند البائع لانها حدثت على ملك المشترى ويكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة بورود القبض عليها أو بالاستهلاك وليس للشفيع أن يأخذ الثمر بعد الجداد فى الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الاخذ والله أعلم بالصواب

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

قال رحمه الله (انما تجب الشفعة فى عقار ملك بعوض هو مال) قوله فى عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم وقال الشافعى رحمه الله لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحا والحمام والنهر والطريق وهذا مبنى على أن الشفعة تجب لدفع أجرة القسام عنده وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة على الدوام فبنى كل على قاعدته والنصوص تشهد لنا لانها مطلقة فتتناول ما يقسم وما لا يقسم واحترز بقوله بعوض عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك بعوض هو غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب فى هذه الاشياء على ما نبينه من قريب قال رحمه الله (لا فى عرض وفلك) أى لا تجب الشفعة فى عرض وسفينة وقال مالك رحمه الله تجب فى السفينة لانها تسكن كالعقار ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا شفعة الا فى دار ربع أو حائط ولان الاخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس فى العقار فلا يجوز الحاق المنقول به لانه ليس فى معنى العقار وهذا لان الشفعة انما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم فى العقار لان المنقول يشترى للبيع عادة ولمصلحة المعاش ثم يخرجه عن ملكه اذا قضى وطره ولا كذلك العقار قال رحمه الله (وبناء ونخل بيعا بلا عرصة) لانهما منقولان فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا أرض وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة

للشفيع أخذه كالثمر وأما اذا هدمه المشترى أو هدمه أجنبى أو انهدم بنفسه ولم يهلك فان الشفيع يأخذ الارض بحصتها فان احترق بغير فعل أحد أخذها الشفيع بكل الثمن وللشافعى قولان أحدهما يأخذها بجميع الثمن والآخر انه يأخذها بالحصة فى الجميع أما اذا احترق البناء فلان حق الشفيع مع المشترى كحق المشترى مع البائع ومعلوم أن البناء اذا احترق فى يد البائع كان المشترى بالخيار ان شاء أخذ بجميع الثمن أو ترك فكذلك هذا ولانه نقص دخل فى المبيع بغير فعل آدمى فصار كالو وهى البناء أو تشقق الحائط وأما اذا هدم المشترى فالاتباع لا حصة لها بالعقد ولها حصة بالقبض ولهذا لو هدم البائع البناء سقطت حصته عن المشترى فكذلك اذا هدمه أجنبى لان العوض يسلم للمشترى فكأنه باعه وكذلك اذا انهدم بنفسه ولم يهلك لان الشفعة سقطت عنه وهو عين قائمة فلا يجوز أن يسلم للمشترى بغير شئ الا أنه قال فى ويستحق المشترى اذا هدمه أو هدمه أجنبى ان الثمن يقسم على قيمته قائما لانه يدخل فى ضمان المشترى بالاتلاف وهو على هذه الصفة فأما اذا انهدم بنفسه فلم يدخل فى ضمان أحدهما فاعتبر قيمته على حاله مهدوما اهـ اتقانى (قوله وأما فى الفصل الثانى) أى وهو ما اذا أثمر فى يده اهـ

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

(قوله بخلاف العلو) أى عدم وجوب الشفعة فى البناء بخلاف العلو فان الشفعة تجب فيه قال الكرخى فى مختصره وان بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو هما وجبت فيه الشفعة بيعا جميعا أو كل واحد منهما على انفراده وقال أبو يوسف ان وجوب الشفعة فى

ويستحق به السفل على أنه مجاور وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفل وان كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط في الحقوق وهو الطريق لان حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار ولا كذلك البناء والنخل فلا تستحق بهما الشفعة قال رحمه الله (ودار جعلت مهرا أو أجرة أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط) لان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة الا بما تملك به المشتري صورة ومعنى أو معنى بلا صورة ولا يمكن ذلك اذا تملك العقار بهذه الاشياء لانها ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع بمثلها فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما تملك به المشتري فلم يكن مشروعا وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بعوض ألا ترى أنها مضمونة بها شرعا والضمان يكون بالقيمة فهذا يدل على أنه جعل قيمة لها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الاخذ بلا عوض اذ هو غير مشروع وقوله يتأتى فيما اذا وقعت هذه الاشياء في جزء شائع من العقار من أحد الشريكين لانه لا شفعة عنده الا للشركاء ولنا أن المستحق بهذه العقود ليست بمال ولا هي مثل المال لا صورة ولا معنى فلم يصلح المال قيمة لها لان قيمة الشئ ما يقوم مقامه لاتحادهما في المقصود ولا اتحاد في المقصود بين المال وبين هذه الاشياء فلا تكون قيمة لها غير أن الشارع جعلها مضمونة بالمال إما لخطرها أو للضرورة فلا تتعدى موضعها لان ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة في حقه فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة الموهوب بلا عوض ولان الشفيع يتملك بما تملك به المشتري من السبب لا بسبب آخر وهنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر غير الاول لان الاول نكاح أو اجارة أو غير ذلك وليس ببيع أصلا ولو أخذه لكان بيعا وفيه انشاء تصرف غير الاول والاخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الاول ولهذا تتحول الصفقة اليه قبل القبض وفي هذه العقود لا يمكن ذلك فلا تكون الشفعة فيها مشروعة لانه ليس بمورد النص ولا هو في معناه فيمتنع الالحاق ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا لم تكن فيها الشفعة لانه تعيين لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها أو بالمسمى عند العقد أو بعده حيث تثبت فيه الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما أعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألف درهم فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة دون التبع ألا ترى أن المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال رحمه الله (أو بيعت بخيار البائع) لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبه أن يخرج عن ملكه فان أسقط الخيار

السفل والعلو استحسان روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه أما اذا بيعا جميعا فلا شفعة فيه لانه باع العرصة بحقوقها فتتعلق الشفعة بجميع ذلك وأما اذا باع السفل دون العلو فلقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع ولان التأذي يخاف فيها على وجه الدوام وأما العلو فلانه حق متعلق بالبقعة على التأبيد وهو كنفس البقعة والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان انما هو العلو اذ كان القياس أن لا تجب فيه الشفعة لانه لا يبقى على وجه الدوام وانما استحسنوا لان حق الوضع متأبد فهو كالعرصة اه اتقاني وكتب ما نصه قال الكرخي في مختصره (٢٥٣) ولو أن رجلا له علو في دار وطريقه في دار أخرى الى جنبها فباع صاحب العلو علوه فأصحاب الدار الذي فيه الطريق أولى بالشفعة الى هنا لفظ الكرخي وذلك أنهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها العلو جار والشريك في الطريق أولى من الجار ولو ترك صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لان كل واحد منهما جار العلو والتساوي في الجوار يوجب التساوي في الشفعة كذا ذكر القدوري اه اتقاني (قوله ولو تزوجها بغير مهر الخ) قال في شرح الكافي وكذلك لو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها دارا مهرا أو صالحها على أن جعلها لها مهرا أو أعطاها اياها مهرا لم يكن فيها شفعة لان في هذه الوجوه كلها تكون الدار عوضا اذ الصلح والعوض يكون تقدير المهر المثل اه اتقاني (قوله ألا ترى أن المضارب اذا باع دارا) أي من المضاربة ورب المال شفيعها اه اتقاني وكتب ما نصه ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بداره من المضاربة وتكون له خاصة لانه جار بدار المضاربة ولو باع رب المال داره خاصة والمضارب شفيعها بدار المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لانه جار بقدر نصيبه وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه ليس بجار اه غاية (قوله لكونه تابعا) وليس في مقابلة رأس المال شفعة لان المضارب وكيل رب المال في البيع وكل من بيع له لا تجب له الشفعة فكذا لا تجب في التبع اه (قوله فيه) أي في رأس المال اه (قوله في المتن أو بيعت بخيار البائع) انظر في كلام الشارح فيما سيأتي قبيل قوله أو بثمن الدرك عن البائع اه

وجبت الشفعة فيه لوجود السبب وزوال المانع ثم في الاصح يشترط الاشهاد عند سقوط الخيار لان البيع انما صار سببا للافادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة ينبني على انقطاع حق المالك بالبيع وهو ينقطع به عنده وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة أما عندهما فظاهر لان المشتري يملكها وأما عنده فلخروجه عن ملك البائع ووجوب الشفعة ينبني عليه ألا ترى أن البائع اذا أقر بالبيع وأنكر المشتري تجب الشفعة ثم ان أخذها الشفيع في الثلاث لزم البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط واسمه ينبئ عنه والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البائع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له فله أن يأخذها بالشفعة ويسقط خياره وينفسخ البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع لانه أراد بذلك الاستيفاء اذ لا تجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام وكذلك المشتري عندهما ان كان الخيار له لان المبيع دخل في ملكه عندهما الا انه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة فيلزم وعالمه به المبيع ولانه صار أحق بالمبيع من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالمأذون له والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها قبل أن يرى الأولى كان له أن يأخذها بالشفعة لان ملكه في التي يشفع بها ثابت فيستحق به الشفعة كما يستحق فيما اذا اشترى مع خيار الشرط أو باع لكنه هنا اذا أخذ المشفوعة لا يسقط خياره لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته أولى ثم اذا حضر شفيع الدار الأولى وهي التي اشتراها المشتري كان له أن يأخذها بالشفعة لانه هو أولى بها من المشتري لما عرف أن الشفيع أولى من المشتري وليس له أن يأخذ الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة اذا لم تكن متصلة بملكه لانعدام سبب الشفعة في حقها واتصالها بالمشفوعة لا يفيده لعدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى وان كانت متصلة بملكه كان له أن يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط أو رؤية بل كل من اشترى دارا أو بيعت دار بجنبها كان له هو أن يأخذها بالشفعة ثم اذا جاء شفيع الأولى بعدما أخذ المشتري الثانية بالشفعة كان لهذا الذي جاء أن يأخذ الأولى بالشفعة وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه على ما بينا قال رحمه الله (أو بيعت فاسدا ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء) أي لا شفعة في دار بيعت بيعا فاسدا حتى يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه كالبناء لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري فيكون ملك البائع باقيا على حاله فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه وبعد القبض وان كان يفيده لكن حق البائع باق فيها ألا ترى أنه واجب الرفع لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها وفي اثبات الحق له تقريره فلا يجوز ولانه لو جاز لتحول ذلك الفساد بعينه الى الشفيع بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشتري حيث يأخذها الشفيع لخروجها عن ملك البائع ولم يتعلق له فيها حق ولهذا جاز للمشتري التصرف فيها بخلاف المشتري في البيع الفاسد ثم اذا سقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة

(قوله وجبت الشفعة) قال الاتقاني وأما الخيار المشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة لان المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق وانما اختلف أصحابنا هل دخل في ملك المشتري أو لم يدخل والشفعة انما تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة أنه لو ادّعى أنه باع داره من زيد فجحد زيد وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري اهـ وكتب ما نصه قال الاتقاني وأما خيار الرؤية والعيب فلا يمنع الشفعة لانه لا يمنع من خروج المبيع من ملك البائع وهذا المعنى هو سبب الشفعة كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان البيع بشرط الخيار لهما جميعا فلا شفعة فيها لاجل خيار البائع ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها لانه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه فان أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته لان البيع من جهة الشفيع قد تم وصار كأنه باع وان فسخ فلا شفعة له أيضا لان ملك البائع لم يزل ولكن الحيلة له في ذلك أن لا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البائع البيع أو يجوز بمضي المدة فحينئذ له الشفعة وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان البيع من جهة الشفيع قد تم ولا شفعة له وكذلك لو اشترى المشتري الدار على أن يضمن له الشفيع الدرك عن البائع والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان الملك قد تم بضمانه فلا شفعة لانه نزل منزلة البائع ولو أن المشتري اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام كان للشفيع الشفعة لان اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع وجوب الشفعة اهـ (قوله ثم ان أخذها فتجب الشفيع في الثلاث) أي في مدة الخيار التي هي الثلاث وقيد بالثلاث لتكون المسألة بالاتفاق اهـ اتقاني (قوله لا يبطل بصريح الابطال) يعني لو قال أبطلت خيار الرؤية لا يبطل قبل وجود الرؤية لان ثبوته موقوف على وجود الرؤية اهـ اتقاني (قوله اذا لم تكن متصلة بملكه) أي ملك له آخر غير هذه الدار التي أخذها بالشفعة اهـ (قوله وفي اثبات الحق له) أي للشفيع اهـ (قوله ثم اذا سقط حق الفسخ الخ) قال الكرخي فان سقط حق البائع في النقض كان للشفيع أن يأخذ ما ملك بقيمته يوم القبض وذلك لان البيع الفاسد عندنا ملك المبيع فيه

بالقبض وانما لم تجب الشفعة لثبوت حق الفسخ فاذا سقط الفسخ إما لاتصال المبيع بزيادة أو لزوال ملك المشترى فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة فوجبت الشفعة كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع اذا سقط خياره وانما وجبت الشفعة بالقيمة لان البيع الفاسد لا يجب فيه المسمى وانما يملك بالقيمة والشفعة تجب بمثل العوض الذى لزم المشترى اهـ اتقانى (قوله لان شرط وجوب الشفعة الخ) قال الاتقانى رحمه الله نقلا عن شرح الكافى لشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى رحمه الله واذا اشترى دارا شراء فاسدا فقبضها وبناها فان للبائع قيمتها فاذا جاء الشفيع أخذها بالشفعة فى قياس قول أبى حنيفة ويهدم المشترى بناءه وقال أبو يوسف ومحمد يرد الدار على البائع ويهدم المشترى بناءه ولا شفعة فيها أصل المسئلة أن المشترى شراء فاسدا اذا بنى فى الدار بناء ينقطع حق الاسترداد عند أبى حنيفة ومتى انقطع لزم البيع فيظهر للشفيع الشفعة لان المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع وقد بطل وعندهما لا ينقطع حق الاسترداد فلا يثبت للشفيع حق الشفعة فيكون للشفيع أن يأمر المشترى بهدم البناء لانه لو بناه فى البيع الصحيح يكون له حق النقض فاذا بناه فى البيع الفاسد أولى اهـ (قوله نقض) أى الشفيع اهـ (قوله قبل القبض) أى قبل أن يقبضها المشترى اهـ (قوله وان سلمها الى المشترى) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى رحمه الله فى شرح الكافى فان كان المشترى قد قبضها فبيعت دار بجنبها فللمشترى أن يأخذها بالشفعة لانه قد ملك الدار بالقبض فصار جارا عند وقوع البيع فاذا قضى القاضى له بالشفعة ثم ردت الدار لفساد البيع لم تبطل الشفعة لان القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك فى داره لان بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق وان لم يأخذها حتى رد الدار بطلت شفعته لان قيام الجوار عند القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد ولا شفعة للبائع أيضا فيها لان جواره حادث بعد البيع اهـ اتقانى (قوله لما ذكرنا) أى وهو أن بقاء ملكه فى التى يشفع بها بعد الحكم ليس بشرط كذا فى الهداية وأما ما ذكره الشارح فهو قوله لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم الخ اهـ من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله لان القسمة فيها معنى الافراز) أى وهو تمييز الحقوق وتعديل الانصباء اهـ اتقانى (قوله ولهذا يجرى فيها الجبر) أى وفيها معنى المبادلة أيضا اهـ اتقانى (قوله ثم ردت الى البائع بخيار رؤية) لم تتجدد شفعة الشفيع لان هذا فسخ يثبت شاء البائع أو أبى فلا يثبت له شبه بالعقد بخلاف الاقالة اهـ اتقانى وكتب ما نصه قال أبو الحسن الكرخى اذا اشترى رجل من رجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشترى الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط قبل قبض الدار أو بعد ذلك فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالرد بالشفعة فليس له ذلك وان ردها بعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء أخذها بهذا الرد وان كان بقضاء فلا شفعة له فى الرد وجملة هذا ما ذكره القدورى فى شرحه أن الشفيع اذا سلم الشفعة ثم عاد المبيع الى البائع على حكم الملك الاول فلا شفعة له بالعود لانه أسقط شفعته عن ذلك ولا يعود الا بعود بسبب آخر وكل موضع عاد الى البائع بحكم ملك مبتدإ كان للشفيع الشفعة كما لو اشتراها

فتجب وهو المراد بقوله ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء أى بناء المشترى فيها لان حق البائع ينقطع به عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا ينقطع به فلا تجب فيها الشفعة وتخصيصه بالبناء لا فائدة فيه لان شرط وجوب الشفعة أن ينقطع حق البائع ولا يختص ذلك بالبناء بل ينقطع حق البائع باخراج المشترى المبيع بالبيع أو غيره على ما عرف فى البيع الفاسد فان أخرجه عن ملكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها بأى البيعين شاء لانقطاع حق البائع فان أخذه بالبيع الثانى أخذه بالثمن لان البيع الثانى صحيح والواجب فيه الثمن فيأخذه به وان أخذها بالبيع الاول أخذها بقيمتها لان الواجب فيه القيمة ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثانى ليأخذها الشفيع لان البيع الثانى كان صحيحا مفيدا للملك وانما فسخ لحق الشفيع ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع ومن المحال أن يبطل حقه بالفسخ لاجله لان ما يكون من مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه وكذا ان أخرجه عن ملكه بغير البيع كالهبة أو جعله مهرا أو غير ذلك نقض تصرفه وأخذه بقيمته لما ذكرنا وان بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبائع الشفعة فى المبيعة لبقاء ملكه فيها وان سلمها الى المشترى فهو شفيعها لان الملك له ولا يؤدى أخذها الى تقرير الفساد لان الفسخ ممكن بعد الاخذ بالشفعة ولا فساد فى المأخوذة بخلاف المشتراة شراء فاسدا لان أخذها بالشفعة يؤدى الى تقرير الفساد على ما بينا ثم ان سلم البائع المبيع الى المشترى قبل الاخذ بالشفعة بطلت شفعته كما اذا باعها قبل الاخذ بالشفعة وان سلمها بعد الحكم له بها لا تبطل لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الأولى عن ملكه وانما يستحق المشترى الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لا قبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله وان بيعت بعد القبض فاستردها البائع منه قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ فصار كما اذا باعها قبله وان استردها بعد الحكم له بها بقيت على ملكه لما ذكرنا قال رحمه الله (أو قسمت بين الشركاء) أى لو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة وهى المبادلة من كل وجه قال رحمه الله (أو سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء) أى اذا سلم الشفيع الشفعة ثم ردت الى البائع بخيار رؤية

والرد بخيار الرؤية والشرط يوجب عود الملك الاول وكذلك الرد بالعيب قبل القبض لانه فسخ من الاصل وأما الرد بالعيب بعد القبض فيختلف فيه القضاء وغير القضاء فان كان بقضاء قاض فلا شفعة فيه لانه انفسخ العقد من أصله وعاد على حكم الملك الاول وان رده بغير قضاء ففيه الشفعة لان الشئ عاد عليه بقوله ورضاه فهو كما لو اشتراه مبتدأ فتعلقت به الشفعة اهـ اتقانى (قوله كيفما كان) أى قبل القضاء أو بعده اهـ قارئ الهداية (قوله وفى الجامع الصغير الخ) قال الاتقانى رحمه الله وانما ذكر مسئلة الجامع الصغير لان فى قوله ولا خيار رؤية اختلاف الروايتين ففى كل منهما فائدة يروى بكسر الراء عطفا على القسمة أى لا شفعة فى الرد بخيار الرؤية كما لا شفعة فى القسمة ويروى بفتح الراء وضمها عطفا على الشفعة وعلى المحل أما رواية الكسر فظاهر حيث لا تثبت الشفعة فى خيار الرؤية لانه فسخ من الاصل والرواية الاخرى أثبتها الفقيه أبو الليث السمرقندى فى شرح الجامع الصغير فقال معناه لا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية فى القسمة أيضا وانما لم يجب فى القسمة خيار الرؤية لانه لا فائدة فى رده لانه لو رده كان له أن يطلب القسمة من ساعته فلا يكون فى الرد فائدة

أو شرط كيفما كان أو بعيب بقضاء قاض لا تجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل عقدا جديدا فعاد الى قديم ملك البائع والشفعة تجب فى الانشاء لا فى الاستمرار والبقاء على ما كان ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية ولا تصح الرواية بالنصب عطفا على الشفعة لان معناه يصير على هذا التقدير أن خيار الرؤية لا يثبت فى القسمة فيفسد المعنى لان المذكور فى كتاب القسمة أن خيار الرؤية وخيار الشرط يثبتان فى القسمة لان ثبوتهما للخلل فى الرضا فى العقود التى لا تنعقد لازمة الا بالرضا والقسمة منها لما فيها من معنى المبادلة والمبادلة أغلب فى غير المكيل والموزون فيجوز فيها خيار الرؤية ولا يجوز فى المكيل والموزون لان معنى الافراز فيهما هو الغالب ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير اذن صاحبه ولانه لا فائدة فيه لانه باعادة القسمة يأخذ نصيبه أو مثله بلا تفاوت بخلاف غيرهما من العقار والعروض لانه اذا أصابه غير ما أصابه فى الاول قد يحصل غرضه لان المساواة فيها عند القسمة تثبت بضرب من الاجتهاد فيحتمل أن يقع فى قلبه أن نصيب غيره أحسن فتفيد الاعادة وقال فى الكافى وصحح شمس الائمة السرخسى رحمه الله الرواية بالنصب وقال لا يثبت خيار الرؤية فى القسمة سواء كانت القسمة بقضاء أو برضا وبه قال المشايخ رحمهم الله قال رحمه الله (وتجب لو ردت بلا قضاء أو تقايلا) أى تجب الشفعة ان ردها المشترى بعيب بغير قضاء القاضى أو تقايلا البيع وقال زفر رحمه الله لا تجب لان الشفعة قد بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة لقصد المتعاقدين قلنا الاقالة مثبتة للملك بتراضيهما كالبيع غير أنهما قصدا الفسخ فيصح فيما لا يتضمن ابطال حق الغير لان لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسخا فى حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا فى حق الشفيع لوجود حد البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فيتجدد له بها حق الشفعة وقال صاحب الهداية ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء وانما يستقيم هذا على قول محمد رحمه الله لان بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما فى المنقول فلا يمكن حمله على البيع وأما عندهما فيجوز بيعه قبل القبض فلا مانع له من حمله على

وأنكر هذه الرواية فخر الاسلام البزدوى ومن تبعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية فقال فخر الاسلام محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال لا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية أما الشفعة فى القسمة فلان القسمة ليست ببيع محض بل فيه معنى الافراز ألا ترى أن الممتنع عنها يجبر عليها ولا خلاف أن فى القسمة معنى الافراز والشفعة انما شرعت فى البيع فلا يصح اثباتها فى الذى يخالفه كما لم تجب فى معاوضة مال بغير مال وأما قوله ولا خيار رؤية فان كانت الرواية بكسر الراء فان معناه لا شفعة فى الرد بخيار الرؤية وان كانت الرواية بفتح الراء فان معناه أن لا يثبت خيار الرؤية فى القسمة وذلك غير صحيح بل الصحيح المنصوص فى كتاب القسمة أن يثبت خيار الرؤية فى القسمة وخيار الشرط يثبت البيع فى ذلك بلا اشكال كل ذلك فى كتاب القسمة وحمل فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا أو موزونا من جنس واحد فاقتسموا لا يثبت خيار الرؤية لانه لو رد القسمة بخيار الرؤية يحتاج الى القسمة مرة أخرى فيقع فى نصيبه عين ما وقع فى المرة الاولى أو مثله فلا يفيده خيار الرؤية أما لو كانت عقارا أو شيأ آخر يفيد خيار الرؤية لانه لو رد بخيار الرؤية فاذا اقتسموا ثانيا ربما يقع فى نصيبه الطرف الذى يوافقه فيكون مفيدا اهـ مع حذف وكتب ما نصه خيار الرؤية والشرط هل يثبتان فى القسمة ردها بعيب قبل القبض بغير قضاء ردها بعيب قبل القبض بقضاء لا تجب الشفعة فيهما لانه فسخ من الاصل ردها بعيب بعد القبض بلا قضاء تجب الشفعة ردها بعيب بعد القبض بقضاء لا تجب الشفعة لانه فسخ (قوله وبه قال المشايخ) فى الكافى وبه أخذ بعض المشايخ اهـ (قوله ان ردها المشترى بعيب) أى بعد القبض اهـ (قوله ومراده) أى مراد القدورى اهـ (قوله وأما عندهما فيجوز بيعه الخ) الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل فى حق الكل حتى كان له أن يرده على بائعه وان كان بغير قضاء وصار بمنزلة خيار الشرط والرؤية

البيع وهذا لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة بيع عند أبي يوسف رحمه الله مطلقا ما لم يتعذر جعله بيعا وعند أبي حنيفة رحمه الله وان كان فسخا في حقهما لكنه بيع جديد في حق غيرهما فأمكن جعله بيعا في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين أن يكون بعد القبض أو قبله والله أعلم بالصواب

﴿ باب ما تبطل به الشفعة ﴾

قال رحمه الله (وتبطل بترك المواثبة أو التقرير) أي تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة أو طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه بأن لم يشهد أحد فيه أو لم يكن في الصلاة لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة عليه دليل الاعراض على ما بينا من قبل قال رحمه الله (وبالصلح عن الشفعة على عوض وعليه رده) أي تبطل الشفعة اذا صالح المشترى الشفيع على عوض وعلى الشفيع رد العوض لان حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط كما اذا قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت أو على أن لا تطلب الثمن منى لكونه ملاء حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما ومع هذا لا يتعلق اسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله أسقطت بدون تحقق الشرط فلأن لا يتعلق سقوطه بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محض أولى فيصح الاسقاط ويبطل الشرط وكذا لو باعه شفعته بمال لما بينا ولان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط فقط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها بخلاف الاعتياض عن القصاص وملك النكاح واسقاط الرق لان ملكه في هذه الاشياء متقرر في المحل ولهذا يستوفيه وينفرد به ألا ترى أن للولى أن يقتله قصاصا بغير قضاء ولا رضا فعلم أن حقه ثابت في المحل في حق القتل ولولا ذلك لما تمكن من القتل بغير قضاء ولا رضا ونظير ما نحن فيه ما اذا قال للمخيرة اختاري بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي رواية أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل في الشفعة كذلك حتى لا يجب المال ولا تبطل الشفعة وقيل هذه الرواية في الكفالة خاصة ووجه الفرق بينهما على هذه الرواية أن الشفعة تبطل بالاعراض دون الكفالة والاصح أن الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال هذا اذا كان بعد البيع وأما قبل البيع فلا يسقط به لان اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط علم بالسقوط أو لم يعلم لانه لا يعذر بالجهل بالاحكام في دار الاسلام ولا يرتد بالرد لانه مجرد حق ولو صالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن يجوز ولو صالح على أخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا تسقط شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض غير أن الثمن مجهول لان حصته من الثمن غير معلومة عند الاخذ ومثله من الجهالة يمنع صحة البيع ابتداء والاخذ بالشفعة بيع من الشفيع قال رحمه الله (وبموت الشفيع لا المشترى) أي بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشترى وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضا لان هذا حق معتبر في الشرع

(قوله في المتن وبالصلح عن الشفعة على عوض) راجع الفصل الذي في كتاب الصلح اهـ (قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط) قال في الهداية ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اهـ أي لا يتعلق اسقاط حق الشفعة بالجائز من الشرط وهو ما ليس فيه ذكر مال فبالفاسد من الشرط أولى أن لا يتعلق وهو ما فيه ذكر مال ولنا فيه (٢٥٧) نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا ترى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره أو قال للبائع سلمتها ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا ينزل الا بعد وجود الشرط ولم يوجد الشرط فلا ينزل التسليم كذا ذكر الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير اهـ اتقاني (قوله والكفالة بالنفس الخ) قال الاتقاني وقد اختلفت الرواية في الكفالة بالنفس اذا أسقطها بعوض فقال في احدى الروايتين الكفالة باطلة والعوض باطل وسوى بينها وبين الشفعة لان اسقاط الحق فيها لا يقف على عوض فبطلان العوض من طريق الحكم لا يمنع من بطلانها وقال في الرواية الاخرى لا تسقط وذلك لانها حق أقوى من الشفعة بدلالة أنها لا تبطل بالسكوت والاعراض ما لم يرض باسقاطها فاذا لم يسلم العوض لم تسقط اهـ (قوله وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضا) أي وتنتقل الشفعة الى ورثته والخلاف فيما اذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له فاذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع فالبيع لازم لورثته بالاتفاق قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي صورته أن دارا بيعت ولها شفيع وطلب الشفعة فأثبتها بالطلبين ثم مات قبل الاخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري اليه

فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو بتسليم المشتري اليه ثم مات تكون ميراثا لورثته اهـ اتقاني (قوله وكذا لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه) قال الاتقاني فاذا باع القاضي أو الوصي في دين المشتري فللشفيع أن يبطل البيع لان هذا التصرف تضمن ابطال حق الغير فيفسخ وكذلك لو أوصى المشتري فيه بوصية كان للشفيع نقضها وأخذها اهـ (قوله وكذا إبراء الغريم) أي صحيح وان لم يعلم من له الدين اهـ (قوله لان كل ذلك اسقاط الخ) قال في شرح الكافي رجل باع دارا ورضي الشفيع ثم جاء يدعي أنه لم يعلم ان حدها الى موضع كذا أو ظن انها أقرب أو أبعد ويدعي شفعته حين علم قال لا شفعة له لان صحة التسليم لا تتقف على كون الدار معلومة كصحة الابراء في الديون لا تتوقف على العلم بمقدارها فقد صح التسليم كان هذا دعوى بعد التسليم فلا يسمع اهـ اتقاني (٢٥٨) (قوله في المتن ولا شفعة لمن باع أو بيع له) قال في الهداية وكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة اهـ (قوله والاصل فيه الخ) هكذا قال صاحب الهداية قال الاتقاني قال في شرح الطحاوي وبيان ذلك أن صاحب الدار لو وكل شفيع الدار بالبيع فباعها فلا شفعة له لانه هو الذي باع ولو أن مضاربا لرجل باع دارا من المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة له لانه بيع له وان كان لا يملك نهيه عن البيع وان كان المشتري وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها له فله الشفعة ألا ترى أنه لو اشترى دارا لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة حتى لو جاء شفيع مثله أخذ نصف الدار منه ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له وكذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها كان له أن يأخذها بالشفعة لانه اشترى له ومن اشترى أو اشترى له فلا تبطل شفعته وقال في الجامع الكبير رجل اشترى دارا على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشتري أن أو ضمن للمشتري الدرك أو اشترط البائع الخيار للشفيع فأمضى البيع فهذا كله تسليم للشفعة قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير أما اذا باع فضمن الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فقبل في المجلس جاز البيع بهذا الشرط استحسانا والقياس أن لا يجوز ألا ترى أنه لو لم يقبل في المجلس لا يصح البيع ذكر محمد القياس والاستحسان في كتاب البيوع من المبسوط وأما لا شفعة للشفيع فلان الشفيع صار كالبائع من وجه وكالمشتري من وجه أما كالبائع من وجه فلان البيع يتم به وكذا له أن يطالب المشتري بأداء الثمن حتى يخلصه عن الكفالة متى كانت الكفالة بأمره كالبائع مطالبة المشتري بأداء الثمن وأما كالمشتري من وجه لان الشراء يتم به وكذا البائع يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوقع التردد في ثبوت حق الشفعة فلا يثبت لان حق الشفعة متى دار بين أن يثبت وبين أن لا يثبت لا يثبت فان قيل البائع من كل وجه فانما لم تكن له الشفعة لان ايجاب الشفعة له يؤدي الى التضاد لان البيع لتمليك المبيع

كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك وأنه مجرد رأي وهو صفته فلا يورث عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ولهذا جاز أخذ العوض عنه وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن ارثه بخلاف الشفعة لانها مجرد حق اذ هي مجرد الرأي والمشيئة ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها وكذا لا يمكن ارثها ولان الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع الى الاخذ بالشفعة شرط ولم يوجد في حق الميت وقت الاخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لانه لا يستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الاخذ وانما لا تبطل بموت المشتري لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه وانما حصل الانتقال الى الورثة في الدار المشفوعة وذلك حقه كما اذا انتقل الى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه قال رحمه الله (و بيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة) أي تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة لان سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع داره بشراء المشفوعة أو لم يكن عالما لانه لا يختلف في الحالين فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين أن يعلم بيعها أو لم يعلم وكذا إبراء الغريم لان كل ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق ألا ترى أنه لا يرتد برد المشتري ولا يتوقف على قبوله ولا يختلف بين حضرته وغيبته ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقاء السبب لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ولو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشراء من المشتري أعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة ولمن هو بعده من الشفعاء أو مثله أن يأخذها منه بالشفعة بالعقد الاول وان شاء بالعقد الثاني أما اعراضه عن الاول فظاهر وكذا عن الثاني وهو الذي باشره بنفسه لانه باشتغاله يصح امكان أخذه منه بالشفعة جعل معرضا عن الاخذ بسببه فلا يثبت له به حق لانه اعراض بخلاف ما اذا اشتراها ابتداء من غير أن يثبت له فيها حق الاخذ لان شراءه هنا لم يتضمن اعراضا لانه مقبل على التملك وهو معنى الاخذ بالشفعة وانما اشتراها لعدم التمكن من أخذها بطريق آخر ولا كذلك هنا وكذلك ان استأجر الشفيع الدار المشفوعة أو ساومها أو طلب من المشتري أن يوليه بطلت شفعته لانه دليل الاعراض قال رحمه الله (ولا شفعة لمن باع أو بيع له) أي بالوكالة والاصل فيه

أن من باع أو بيع له لا شفعة له ومن اشترى أو اشترى له كان له الشفعة لان الاخذ بالشفعة في الاول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة وكذا البيع يوجب التسليم والاخذ ينافيه لانه يمتنع به التسليم وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقريره لان الاخذ بالشفعة مثل الشراء ولا فرق فيمن باع أو اشترى بين أن يكون وكيلا أو أصيلا حتى لا تكون له الشفعة في الاول ولا لموكله ان كان وكيلا وفي الثاني له الشفعة ان كان أصيلا ولموكله ان كان وكيلا حتى اذا باع المضارب أو العبد المأذون له العقار ليس له ولا لرب المال حق الاخذ بالشفعة ولو اشترياه كان له ولرب المال الشفعة لما ذكرنا وكذا المولى ان كان على العبد دين وان لم يكن عليه فلا فائدة بالاخذ لانه ملكه ولم يتعلق به حق غيره والمجيز للعقد الذي باشره الفضولي كالموكل لما عرف أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم فائدة قولنا ان المشتري لا تبطل شفعته أن يشاركه غيره من الشفعاء ان لم يتقدموا عليه وأن يتقدم هو على من بعده من الشفعاء وأن يسلم له عند ترك غيره من الشفعاء والبائع ليس له أن يطلب المبيعة بالشفعة بدار أخرى غيرها بلزقها الا أنه لما باعها رغب عنها والاخذ رغبة فيها فتنافيا بخلاف المشتري ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع وان كان المشتري هو الذي فعل ذلك فأجاز كان كالمشتري والمعنى ما بيناه قال رحمه الله (أو ضمن الدرك عن البائع) يعني اذا ضمن الدرك عن البائع وهو شفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته لان المشتري لم يرض بالبيع الا بضمانه فلما ضمن تم به العقد فلا يكون له نقض ما تم من جهته على ما بينا في البائع قال رحمه الله (ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة) لان شراءه لا يدل على الاعراض على ما بينا من المعنى بفروعه قال رحمه الله (وان قيل للشفيع انها بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو ببر أو شعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة) لان تسليمه كان لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير أن يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها وكذا كل موزون أو مكيل أو عددي متقارب بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فلا يظهر فيه التيسير فلا يكون له الاخذ وكذا لو أخبر أن الثمن عروض كالثياب والعبيد ثم ظهر أنه مكيل أو موزون أو أخبر أن الثمن مكيل أو موزون فظهر أنه من خلاف جنسه من المكيل أو الموزون فهو على شفعته لما ذكرنا وان ظهر أنه جنس آخر من العروض قيمته مثل قيمة الذي بلغه أو ظهر أنه ذهب أو فضة قدره مثل قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لان في غير المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت قال

والشفعة تملك المبيع وبينهما تضاد وهنا لا يؤدي الى التضاد لان تمليك المبيع هنا ما كان من جهة الشفيع قيل له الشفيع اذا كان كفيلا عن المشتري بالثمن كان بمعنى البائع من وجه لما قلنا فايجاب الشفعة له يؤدي الى التضاد من وجه في التمليك والتملك فان كان يؤدي الى التضاد من وجه في التمليك والتملك أدى الى التضاد في حق ضمان الثمن لانه بعقد الكفالة التزم الثمن للبائع ومتى بقي شفيعا كان له أن لا يلتزم لانه يأخذها بالشفعة من يد البائع فينفسخ البيع فيبرأ المشتري عن الثمن فيبرأ هو عن ضمان الكفالة وأما اذا ضمن للمشتري بالدرك فجواز البيع بهذا الشرط اذا كان حاضرا في المجلس وقيل في المجلس استحسان أيضا أما لا شفعة له فلانه بائع من وجه لان البيع تم به وكذا لو استحق المشتري كان للمشتري أن يرجع عليه بالدرك كما كان له أن يرجع على البائع (٣٥٩) وأما اذا اشترط البائع الخيار له فأمضى البيع فلانه بائع من وجه لانه هو الذي أوجب البيع باعتبار اثبات الحكم وان لم يكن موجبا للبيع باعتبار أصل البيع ولو اشترط المشتري خيار الشفيع فأمضى الشفيع البيع لم تبطل شفعته يريد به اذا طلب الشفعة قبل الاجازة لانه بمنزلة المشتري من وجه لانه وكيل عن المشتري في الاجازة على ما علم في موضعه والمشتري من كل وجه كان له الشفعة فكذا المشتري من وجه فان قيل المشتري من كل وجه انما كان له الشفعة لان ايجاب الشفعة له لا يؤدي الى التضاد فان المشتري يملك المبيع والاخذ بالشفعة تملك أيضا فكان من جنسه فلم يكن فيه تضاد فاما هنا لو وجب الشفعة لهذا المشتري من وجه بعد الاجازة أدى الى التضاد لانه بالاجازة أوجب الملك للمشتري ومتى أخذها بالشفعة لا يبقى الملك للمشتري فصار كالساعي في نقض ما أوجبه للمشتري فيؤدي الى التضاد قيل له هذا هكذا أن لو وجب الشفعة له باجازته والشفعة لم تجب له باجازته الشراء بل كانت واجبة له قبل الاجازة ببيع المتعاقدين فان من اشترى دارا على أنه بالخيار وجب الشفعة للشفيع أجاز المشتري الشراء أم فسخ لان خيار المشتري لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وثبوت حق الشفيع يعتمد زوال المبيع عن ملك البائع ومتى وجب الشفعة قبل الاجازة فلو أخذها بالشفعة بعد ما أجاز لا يكون ساعيا في نقض ما أوجبه للمشتري فان أصل العقد ما وجب باجازته اهـ (قوله ان من باع) أي وهو وكيل البائع اهـ (قوله أو بيع له) أي وهو الموكل اهـ (قوله في المتن أو ضمن الدرك عن البائع) انظر الحاشية التي كتبتها عند قوله في المتن فيما تقدم أو بيعت بخيار البائع اهـ (قوله لان الواجب فيه القيمة) أي لان العرض لا تجب الشفعة بمثله وانما تجب بقيمته والقيمة من جنس الدراهم اهـ ﴿فرع﴾ مما يحفظ من الحيل لاسقاط الشفعة أن يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو

جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم وكف من الفلوس لا يعرف قدره اه معراج (قوله فلا شفعة له) أى وذلك لان الشفعة انما تثبت بالشركة أو بالجوار ولم يوجد واحد منهما اه اتقانى (قوله وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى) أى وسلمه اليه اه اتقانى (قوله فى المتن وان ابتاع منها) لفظ منها ليس فى خط الشارح اه (قوله ولو أراد الحيلة اشترى السهم الخ) قال فى شرح الطحاوى وهو أن يبيع أولا من الدار ومن الكرم (٣٦٠) عشرها مشاعا بأكثر الثمن ثم يبيع تسعة أعشارها ببقية الثمن حتى ان الشفيع لا يثبت له حق الشفعة الا فى عشرها بثمنه ولا يثبت له الشفعة فى تسعة الاعشار لان المشترى حين اشترى تسعة أعشارها كان شريكا فيها بالعشر وهذه الحيلة انما تكون للجار أو للخليط لان الشريك أولى منهما ولا يحتال بها الشريك لان الشفيع اذا كان شريكا كان له أن يأخذ نصف تسعة الاعشار أيضا بقليل الثمن وان كانت الدار للصغير فان بيع العشر منها بكثير الثمن جائز وبيع تسعة الاعشار بقليل الثمن لا يجوز لان بيع مال الصغير بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز فيكون فى هذه الحيلة مضرة للمشترى وهو أن يلزمه العشر ولا يجوز فى تسعة الاعشار وقد يجوز أن يحتال بهذه الحيلة فى دار الصغير وهو أن يبيع من داره جزأ من مائة جزء أو يبيع جزأ من ألف جزء بثمن أكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل قيمته فانه يثبت له الشفعة فى الجزء الاول خاصة وهذه الحيلة للجار والخليط فاما اذا كان الشفيع شريكا فانه يأخذ نصف البقية نصف عشر اه غاية وكتب ما نصه وهذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع والاولى الى الابطال لان فى الاولى ليس للجار أن يأخذ لان مقدار ذراع فى طول حد الشفيع لم يبع اه اتقانى (قوله قدر قيمة العقار) قال الاتقانى بيان ذلك فيما ذكره فى شرح الطحاوى بقوله وحيلة أخرى أن يبيع الدار بأكثر من قيمتها وهو أن يبيع ما يساوى ألفا بألفين وينقده من الثمن ألف درهم الا عشرة دراهم ثم يبيع بألف وعشرة عرضا يساوى عشرة دراهم فحصلت الدار للمشترى بألف درهم فى الحاصل ولكن الشفيع لا يأخذها الا بألفى درهم والافضل للبائع أن يجعل مكان العرض دينارا يساوى عشرة دراهم هذا هو الاحوط حتى ان الدار لو استحقت من يد

رحمه الله (ولو بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له) وهذا قول أبى يوسف رحمه الله وهو استحسان والقياس أن يثبت له حق الشفعة وهو قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله لان الجنس يختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما فى البيع وكذا لو أجبر على أن يقر بالدراهم فأقر بالدنانير كان مختارا غير مكره ولو كانا جنسا واحدا لما صار مختارا وجه الاستحسان أنهما جنس فى الثمنية وكالاضافة فيه ولهذا يضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة قال رحمه الله (وان قيل له ان المشترى فلان فسلم فبان أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الناس فى الاخلاق فمنهم من يرغب فى معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم فى حق البعض لا يكون تسليما فى حق غيره ولو علم أن المشترى هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد فى حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة فى الكل لانه سلم النصف وكان حقه فى أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاط الكل ولان التسليم لخوف ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل يستقيم فى الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما وفى عكسه وهو ما اذا أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف لا شفعة له فى ظاهر الرواية لان التسليم فى الكل تسليم فى أبعاضه كلها ولان رغبات الناس فى الكل أكثر عادة من رغباتهم فى الاشقاص لخلو الكل عن عيب التشقيص فاذا لم يرغب فيه فأولى أن لا يرغب فى التشقيص وقيل له الشفعة لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد تكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج الى الجميع وشيخ الاسلام مال الى هذا القول وحمل ما ذكر فى ظاهر الرواية على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل أما اذا تبين له أن ثمن النصف مثل نصف ثمن الكل فله الشفعة والمعنى ما ذكرنا قال رحمه الله (وان باعها الا ذراعا فى جانب الشفيع فلا شفعة له) معناه اذا باع العقار الا مقدار ذراع فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى لعدم الالتزاق وهذه حيلة قال رحمه الله (وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار فى السهم الاول فقط) لان الشفيع جار فى السهمين والمشترى شريك فى السهم الثانى وهو مقدم على الجار ولو أراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن الا درهما والباقى بالدرهم فلا يرغب الجار فى أخذ السهم الاول لكثرة الثمن لا سيما اذا كان السهم الاول جزأ قليلا كالعشر مثلا أو أقل وكذا فى المسئلة الاولى يتأتى مثل هذه الحيلة بان يبيع قدر الذراع أو أقل فى طول الحد الذى يلى الشفيع بجميع الثمن الا درهما ثم يشترى الباقى بدرهم فان أخذ بالشفعة أخذ قدر الذراع بجميع الثمن وليس له أن يأخذ الباقى لانه ليس بجار له فأيهما خاف أن لا يوفى صاحبه شرط الخيار لنفسه وان خافا شرط كل واحد منهما الخيار لنفسه ثم يجيزان معا وان خاف كل واحد منهما اذا أجاز أن لا يجيز صاحبه وكل كل واحد منهما وكيلا ويشترط عليه أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه قال رحمه الله (وان ابتاعها بثمن ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب) لان الثوب عوض عما فى ذمة المشترى فيكون البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الجوار والشركة لانه يبتاع العقار بأضعاف قيمته ويعطيه بها ثوبا قيمته قدر قيمة العقار غير أنه

يخاف أن يتضرر البائع بذلك لانه لو استحقت الدار تبقى الدراهم كلها فى ذمة البائع لوجوبه عليه بالبيع الثانى ثم براءته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار فاذا استحق تبين أنه ليس عليه ثمن العقار وبطلت المقاصة فيجب على البائع الثمن كله والحيلة فيه أن يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما فى ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشترى فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير والحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا وحيلة أخرى تعم الجار والشريك أن يشتريه بأضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار الا قدر قيمة الدينار مثلا فيعطيه الدينار بالباقى فيصير صرفا فيه ثم اذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله فغير الدينار على أنه بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف قال رحمه الله (ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة) وهذا عند أبى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله تكره لان الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب وإلحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة ولابى يوسف رحمه الله أنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وان كان غيره يتضرر فى ضمنه ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب وأما بعده فمكروه بالاجماع هكذا ذكره شيخ الاسلام ذكره قوله فى النهاية والقائل لهذا القول قاسه على الاختلاف فى الزكاة فانه لا يكره عند أبى يوسف رحمه الله قبل الوجوب وعند محمد رحمه الله يكره وقيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة وانما الخلاف فى فصل الزكاة وقال شمس الائمة الاشتغال بالحيل بابطال حق الشفعة لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يقصد المشترى الاضرار به وانما قصد الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبى يوسف رحمه الله وأما عند محمد رحمه الله فتكره على قياس اختلافهم فى الزكاة ثم الحيل التى تسقط الوجوب هى أن يعوضه فيسقط الشفيع الشفعة فتسقط شفعته ولا يجب عليه العوض أو يقول له أنا أبيعك اياه أو يقول له المشترى اشتره منى فيقول الشفيع نعم فتسقط به شفعته وكذا اذا آجره من الشفيع على ما بينا ومن الحيل التى تمنع الوجوب أن يوكله ببيعها أو يضمنه الدرك أو يجعل البائع الخيار اليه فى عقد البيع الى غير ذلك من الحيل التى ذكرناها من قبل ومن الحيل أن يؤجر المشترى البائع شيأ ببعض العقار الذى يريد شراءه كالثوب مثلا يؤجره ليلبسه البائع يوما بجزء شائع من العقار الذى يريد شراءه ثم يشترى الباقى لانه لما ملكه منه جزأ شائعا صار شريكا له وليس للشفيع فيه شفعة لانه ملكه بالاجارة ولا فيما اشتراه بعد ذلك لان الشريك أولى وهذه الحيلة لا تدفع الا الجار قال رحمه الله (وأخذ حظ البعض يتعدد بتعدد المشترى لا بتعدد البائع) ومعناه أن المشترى اذا تعدد بأن اشترى جماعة عقارا والبائع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى وان تعدد البائع بأن باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشترى واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق أن الشفيع فى الوجه الثانى بأخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه

المشترى يرجع على البائع بمثل ما أعطاه لانه يبطل الصرف بالاستحقاق وهذه الحيلة لجميع الشفعاء ولو كان باع بقية الثمن عرضا يساوى الذهب يساوى عشرة دراهم كما ذكرنا فعند الاستحقاق يرجع المشترى على البائع بألفى درهم ويكون فيه مضرة على البائع اهـ (قوله لوجوبه عليه بالبيع الثانى) أى وهو بيع المشترى الثوب من البائع بثمن قدر ثمن العقار الذى اشتراه به المشترى اهـ (قوله وبطلت المقاصة) أى فصار كمن اشترى من آخر دينارا بعشرة دراهم عليه ثم ظهر انها لم تكن عليه بطل الصرف ويرد الدينار كذا فى الخلاصة اهـ (قوله دنانير) الذى فى خط الشارح الدنانير اهـ (قوله والحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا) تقدم التنبيه عليه اهـ (قوله فى المتن ولا تكره الحيلة الخ) قال فى الواقعات الحسامية الحيلة فى ابطال الشفعة على وجهين إما أن كانت بعد الثبوت أو قبل الثبوت ففى الوجه الاول يكره بالاتفاق نحو أن يقول المشترى للشفيع اشتره منى وما أشبه ذلك لانه ابطال لحق واجب وفى الوجه الثانى لا بأس به سواء كان الشفيع عدلا أو فاسقا هو المختار لانه ليس بابطال اهـ اتقانى (قوله وعند محمد تكره) وجه قول محمد أن الشرع أوجب الشفعة سببا لدفع الضرر عن الشفيع فلا تجوز لان الحيلة باسقاط الشفعة لو جازت لم تثبت شفعة أبدا اهـ اتقانى (قوله ثم قيل هذا الخلاف بينهما قبل الوجوب) أى قبل وجوب الشفعة يعنى قبل البيع اذ هى انما تجب بالبيع اهـ (قوله وعند محمد يكره) قيل الفتوى على قول أبى يوسف فى الشفعة وعلى قول محمد فى الزكاة اهـ اتقانى (قوله لا بأس به) قال الخصاف فى أول كتاب الحيل لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز وانما الحيلة شئ يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج به الى الحلال فما كان من هذا ونحوه فلا بأس به وانما يكره من ذلك أن يحتال الرجل فى حق لرجل حتى يبطله أو يحتال فى باطل حتى يموهه او يحتال فى شئ حتى يدخل فيه شبهة اهـ اتقانى (قوله ثم الحيل التى تسقط الوجوب هى أن يعوضه) كأن يقول المشترى للشفيع صالحتك على كذا كذا درهما على أن تسلم لى شفعتك فاذا قبل الشفيع الصلح وسلم بطلت شفعته ولا يجب له المال اهـ اتقانى (قوله بأن اشتروا جماعة) كذا بخط الشارح اهـ (قوله بأن باعوا جماعة) كذا بخط الشارح اهـ

و بعيب الشركة وهى شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشترى ضررا زائدا سوى الاخذ وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحد ولا فرق فى هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده فى الصحيح الا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كى لا يؤدى الى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم لانه كواحد منهم وكما اذا كان المشترى واحدا فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو سمى للكل جملة لان العبرة فى هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر فى التعدد والاتحاد العاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة أو متعددة كان الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ولو وكل جماعة واحدا به ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو أصيل فيه فيتحد باتحاده و يتعدد بتعدده ثم فى الصحيح لم يفصل بين ما اذا كان بعد القبض أو قبله على ما بينا وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه فصل فقال ان أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك و بعده كان له ذلك لانه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه و بعده لا يتضرر لانه لم يبق له يد وجوابه أن له أن يحبس الجميع الى أن يستوفى جميع الثمن على ما بينا فلا يؤدى الى تفريق اليد عليه قال رحمه الله (وان اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشترى بقسمته) أى لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشترى البائع أخذ نصيب المشترى الذى حصل له بقسمته وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم أو بالتراضى لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ألا ترى أن الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد أن وقعت فاسدة للشيوع باعتبار ان قبضه ناقص فيما يحتمل القسمة والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع فكذا ما يتم القبض وهذا لان القبض بجهة البيع له حكم البيع فكما لا يملك نقض البيع الاول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته ولا يقال القسمة فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا نقض قسمته لانا نقول القسمة افراز من وجه ولهذا يجرى فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجرى فيها أحكام البيع من رد بعيب أو خيار رؤية ومن حيث انها افراز لم يوجد فيها الا القبض فباعتبار أنها مبادلة يملك وباعتبار أنها افراز لا يملك فلا يملك بالشك وهذ لان القياس أن لا ينقض من تصرفات المشترى شيأ لانها صحيحة لصدورها عن مالك ولهذا لو باعه أو آجره يطيب له الثمن والاجرة وليس للشفيع فيه ملك وانما يثبت له حق الاخذ وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير أن له أن ينقض تصرفات تبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر فى القسمة فبقى على الاصل فى حق البيع الاول وفى حق ما له حكم البيع الاول وهو القبض بجهته بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اذا لم يكن للشفيع نقض قسمته كان له أن يأخذ نصيب المشترى فى أى جانب كان لانه استحقه بالشراء والمشترى لا يقدر على ابطال حقه فيأخذه وهو مروى

(قوله ولا فرق فى هذا بين أن يكون قبل القبض) أى قبل قبض المشترى الدار اه اتقانى ﴿فرع﴾ قال الكرخى واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فجاء شفيع لهما جميعا فأراد أن يأخذ احداهما دون الاخرى ليس له ذلك وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيع بالخيار ان شاء أخذهما وان شاء أخذ احداهما دون الاخرى وهذا قول الحسن الى هنا لفظ الكرخى وجه قولهم ان المشترى (٢٦٣) ملك الدارين صفقة واحدة وتعلق حق الشفيع بهما فلم يملك أن يفرد بالاخذ بعض ما تعلق بحقه دون بعض كالدار الواحدة وقد ذكر أبو الحسن عن محمد ما يدل على أنه لا فرق بين الدارين المتلاصقتين والمتفارقتين وذكر بشر بن الوليد عن أبى يوسف أنهما اذا كانتا فى مصر واحد أو مصرين فهو سواء وجه قول زفر أن أخذ احدى الدارين لا يؤدى الى اضرار المشترى بالشركة فصار كما لو كان شفيعا لاحداهما ثم قال الكرخى فى مختصره واذا كان الشفيع شفيعا لاحداهما دون الاخرى ووقع البيع عليهما صفقة واحدة فان الحسن بن أبى مالك روى عن أبى حنيفة أنه ليس له الا أن يأخذ التى تجاوره بالحصة وكذلك روى ابن سماعة عن أبى يوسف وكذلك روى هشام عن محمد فى رجل اشترى دارين متلاصقتين وله جار يلى احداهما قال فانه يأخذ التى تليه بالشفعة ولا شفعة له فى الاخرى قال القدورى فى شرحه وذلك لان حق الشفعة تعلق باحدى الدارين دون الاخرى والصفقة اذا جمعت بين ما تعلق به الشفعة وبين ما لا تتعلق به الشفعة أخذ الشفيع ما تعلقت به بالحصة كما لو اشترى دارا وسيفا صفقة واحدة اه غاية (قوله لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد) أى دون المعقود له اه غاية (قوله أو بالتراضى) وعن أبى حنيفة أن القسمة اذا كانت بقضاء القاضى ليس له أن ينقض واذا كانت بغير قضاء القاضى فله أن ينقض اه غاية

عن أبي يوسف رحمه الله واطلاق الكتاب يدل عليه وعن أبي حنيفة أنه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال رحمه الله (والعبد المديون الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه) معناه اذا باع رجل دارا والبائع عبد مأذون له في التجارة وعليه دين يحيط بماله ورقبته فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة وكذا عكسه وهو ما اذا كان العبد هو البائع فللمولى الشفعة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء أحدهما من صاحبه جائز اذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد للعبد ولكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون أو لكون العبد أحق به بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد بائع لان بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له بخلاف ما اذا اشترى لانه ابتيع له وقد بينا أن من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته قال رحمه الله (وصح تسليم الشفعة من الاب والوصي والوكيل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز وهو على شفعته اذا بلغ الصغير أو بلغ الخبر الموكل وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشراء لزفر ومحمد رحمهما الله في الاب والوصي أن هذا ابطال لحق الصبي فلا يصح كالعفو عن قوده واعتاق عبده وابراء غريمه ولان ولايته تصرفهما نظرية والنظر في الاخذ متعين ألا ترى أنه شرع لدفع الضرر فكان في ابطاله الحاق الضرر به فلا يملكه ولهما أن الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها ألا ترى انه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك ترك التجارة برد البيع عندما يقال للاب بعتك هذا المال لابنك الصغير يوضحه أنه لو أخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذلك اذا سلمه اليه بل أولى لانه اذا أخذه ثم باعه منه كانت العهدة على الصبي وفي الاول على البائع أو على المشتري ولان هذا تصرف دائر بين الضرر والنفع فيحتمل أن يكون الترك أنفع بابقاء الثمن على ملك الصغير فيملكه كالاخذ بخلاف العفو عن القود وأخويه لانه ضرر محض غير متردد لانه ابطال بغير عوض وهنا بعوض يعدله وهو الثمن فلا يعد ضررا وسكوتهما كابطالهما لان السكوت ممن يملك الاخذ بالشفعة دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله قيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح تسليم الاب والوصي ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله وهكذا في الهداية وفي الكافي قال ذكر في الحصر والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء بأقل من قيمته بكثير فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز أيضا لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقال في النهاية لما لم يصح التسليم منهما على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم أيضا على قول محمد وزفر رحمهما الله لانهما لا يريان تسليم الاب والوصي شفعة الصغير جائزا فيما اذا بيعت بمثل قيمتها فلأن لا يجوز فيما اذا بيعت بأقل من قيمتها أولى ولو كان المشتري هو الاب لنفسه كان له أن يأخذه بالشفعة لابنه الصغير ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وكذا لو اشترى لابنه الصغير كان له أن يأخذه بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وهو أن لا يكون فيه غبن فاحش لانه معتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه وفي الشراء يشترط أن لا يكون فيه غبن فكذا في الاخذ بالشفعة والوصي كالاب في هذا الا أنه يشترط في حقه أن يكون فيه للصغير نفع ظاهر حتى اذا كان بمثل القيمة لا يجوز لما ذكرنا أنه يعتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه في الاب والوصي اذا اشترى مال الصغير لنفسه بمثل القيمة لا يجوز وكذا اذا باعه من نفسه بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون أكثر منه في الشراء وفي البيع أقل وفي الاب يجوز بمثل القيمة فيهما فكذا الاخذ بالشفعة ثم كيفية طلبه أن يقول اشتريت وأخذت بالشفعة متصلا بكلامه ولو باع كل واحد منهما ملك الصغير أو ملك نفسه ليس له أن يأخذ

(قوله في المتن والعبد المديون الاخذ بالشفعة الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي واذا باع المولى دارا ومكاتبه شفيعها فله الشفعة لانه أقرب الى الاجانب من العبد المأذون فانه انما يأخذه لنفسه فكان أخذه الدار بالشفعة مفيدا اه غاية (قوله فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة) أي لانه لا يأخذها لمولاه بل لنفسه فكان مفيدا اه غاية (قوله لكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون) أي على قول أبي حنيفة اه قال الاتقاني وذلك لان المولى لا يملك أكساب عبده المديون عند أبي حنيفة وعندهما يملك الرقبة ولا يملك التصرف فكان بمنزلة الاجنبي اه (قوله أو لكون العبد أحق به) أي على قولهما اه (قوله ولان تصرفهما) لعله ولايتهما (قوله جاز التسليم بالاجماع) أي بلا خلاف محمد وزفر لتمحضه نفعا للصبي اه (قوله وهو الاصح) كذا في المبسوط اه (قوله فلا يملك التسليم) فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ وصار الولي كالاجنبي اه (قوله وهكذا ذكر في الهداية) لفظ ذكر ليس في خط الشارح اه (قوله لما ذكرنا أنه) أي الاخذ بالشفعة اه

بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكر أن من باع أو بيع له فلا شفعة له والصغير أن يطلب الشفعة اذا بلغ فيما اذا باع مال نفسه لا مال الصغير وكذا اذا كان في الشراء غبن كان للصغير أن يطلب الشفعة اذا بلغ لان كل واحد منهما ليس له أن يأخذه للصغير فلا تبطل شفعة الصغير بسكوته ولو كان البائع لمال الصغير وصي القاضي كان لوصي الميت أن يأخذه بالشفعة لانه ليس ببائع فلا يمتنع وأما الوكيل فالمراد به ههنا الوكيل بطلب الشفعة وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بطلب الشفعة انما يصح تسليمه اذا كان في مجلس القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله يصح في مجلس القاضي وغيره وعند محمد وزفر رحمهما الله أن تسليمه لا يصح أصلا لانه أتى بضد ما أمر به فصار كما لو وكله باستيفاء الدين فابرأ الوكيل عن الدين وهما يقولان إنه توكيل بالشراء لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له أن لا يشترى فكذا هذا له أن يترك الشفعة غير أن أبا يوسف رحمه الله يقول هو وكيل مطلقا فينفذ تصرفه مطلقا في مجلس القاضي وغيره وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة الا في مجلسه فلا يكون وكيلا في غير مجلس الحاكم وهذا الخلاف بينهما هو نظير الخلاف في اقرار الوكيل بالخصومة على موكله ولو أقر هذا الوكيل وهو الوكيل بطلب الشفعة على موكله بأنه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان في مجلس القاضي وان كان في غيره فلا يجوز الا أنه يخرج من الخصومة وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز مطلقا وقال زفر رحمه الله لا يجوز مطلقا وهي مسئلة اقرار الوكيل بالخصومة وموضعها كتاب الوكالة وهي معروفة والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب القسمة ﴾

وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء قال رحمه الله (هي جمع نصيب شائع في معين) وهذا في الشريعة وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص لان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيب غيره فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه فيجب على الحاكم أن يجيبه اليه وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة فاذا كانت تفوت بها منفعته لا يقسم جبرا كالبئر والرحا والحمام ونحو ذلك لان الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا أدت الى فواتها لم يجبر الحاكم عليها وهي جائزة بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقال تعالى واذا حضر القسمة وبالسنة لانه عليه الصلاة والسلام باشرها في الغنائم والمواريث وعلى جوازها انعقد الاجماع ولان فيه إنصاف الشركاء واظهار العدل بايصال الحق الى مستحقه فكان واجبا وحكمها تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه قال رحمه الله (وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ) أي القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر في ذوات الامثال حتى كان لاحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والمبادلة هي الظاهر في غير المثلي كالثياب والعقار والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والدليل على أن فيها معنى الافراز والمبادلة أن ما يأخذه كل واحد منهما يشتمل كل جزء من أجزائه على النصيبين فكان نصفه ملكه ولم يستفده من جهة صاحبه فكان افرازا والنصف الآخر كان لصاحبه أخذه عوضا عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ضرورة الا أن معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة أظهر لعدم التفاوت بين أبعاضه لان ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فأمكن أن يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض والصرف والسلم لانه لو كان مبادلة لما صح في القرض

الافتراق

﴿ كتاب القسمة ﴾

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع ألا ترى أن أقوى أسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع وتقديم الشفعة على القسمة لما أن التملك بالشفعة ربما يكون سببا للقسمة والسبب مقدم على المسبب اه اتقاني

(قوله وهي جائزة بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول وانما يعلم الخمس من أربعة الاخماس بالقسمة اه اتقاني

(قوله فأمكن أن يجعل عين حقه) أي لاستوائهما في تعلق المصالح والاغراض بهما اه اتقاني

(قوله وكذا لو كانا اشترياه) أي ثم اقتسماه اه اتقاني (قوله جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة) أي بعد القسمة اه اتقاني
(قوله سواء كان من ذوات الامثال أولا) قال في الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع قسمة لا يجبر الآبي كقسمة الاجناس المختلفة
وقسمة يجبر في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات
ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففي قسمة الاجناس المختلفة يثبت الخيار أجمع (٣٦٥) وفي قسمة ذوات الامثال كالمكيلات

للافتراق قبل قبض أحد العوضين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما وكذا في قضاء الدين
جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر ولو كان غيره لما جرى اذ لا يجبر أحد على المعاوضة وكذا
جاز لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا لو كانا اشترياه جاز
لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى المبادلة في غير
المثلي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن اجراء
الاحكام التي ذكرناها في المثلي الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة بطلب بعضهم
لما فيها من معنى الافراز وفيها تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس وجاز الاجبار عليها لدفع
الضرر عنهم والمبادلة قد يجري فيها الاجبار دفعا للضرر كالاخذ بالشفعة وقضاء الدين لان المقبوض
ليس عين الدين حقيقة وانما هو بدل عنه وهذا لان الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع
بنصيبه وأن يمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي أن يجيبه وان كان أجناسا مختلفة
لا يجبر عليها لفحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الافراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر
فيها مع امكان الوصول الى حقه ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال رحمه الله (ويجبر في متحد الجنس
عند طلب أحد الشركاء لا في غيره) أي اذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد
الجنس سواء كان من ذوات الامثال أولا ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الابل لما بينا من المعنى
قال رحمه الله (وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء
من حيث انه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولان منفعته تعود الى العامة كنفقة القضاة
والمقاتلة والمفتين فتكون كفايته في بيت المال لانه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء قال رحمه الله
(والا نصب قاسم يقسم بأجر بعدد الرؤس) أي ان لم ينصب قاسم رزقه في بيت المال نصب قاسم يقسم
بأجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي أن يأخذ الاجر
على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى أنه لا يفترض عليه أن يقسم بينهم بالمباشرة ومباشرة
القضاء فرض عليه ويقدر له القاضي أجر مثله كيلا يطمع في أموالهم ويتحكم بالزيادة والافضل أن
يرزق من بيت المال لانه أروج وأرفق بالعامة وأبعد عن تهمة مواضعة القاضي مع القاسم وقوله بعدد
الرؤس أي تجب عليهم الاجرة على عدد الرؤس ولا تتفاوت بتفاوت الانصباء وهذا عند أبي حنيفة رضي
الله عنه على ما يجيء بيانه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ويجب أن يكون عدلا أمينا عالما
بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك بالامانة
والعلم قال رحمه الله (ولا يتعين قاسم واحد) لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولهذا المعنى
لا يجبرهم الحاكم أن يستأجروه ولان القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيما
ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا أن فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء فتجوز بالتراضي كسائر
المعاوضات والتحكيم الا اذا كان فيهم صغير لان تصرفه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه قال رحمه الله (ولا
يشترك القسام) أي يمنعهم القاضي من الاشتراك كي لا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية

والموزونات يثبت خيار
العيب دون خيار الشرط
والرؤية وفي قسمة غير المثليات
كالثياب من نوع واحد
والبقر والغنم يثبت خيار
العيب وهل يثبت خيار
الرؤية والشرط على رواية
أبي سليمان يثبت وهو
الصحيح وعليه الفتوى وعلى
رواية أبي حفص لا يثبت
اه اتقاني قوله يثبت الخيار
أجمع أقول لانها مبادلة
من كل وجه كما قاله الشارح
وقوله في القسمة الثانية
يثبت خيار العيب دون
خيار الشرط والرؤية أقول
انما ثبت له خيار العيب
للحوق الضرر به بخلاف
خيار الشرط والرؤية اذ لا
فائدة في اثباتهما لعدم الضرر
وفي قسمة غير المثليات يثبت
خيار العيب بالاتفاق ويثبت
خيار الرؤية والشرط أيضا
على الصحيح قلت ولعل
وجهه أن الغالب فيها معنى
المبادلة بخلاف قسمة ذوات
الامثال فان معنى الافراز
غالب والله الموفق اه (قوله
وأبعد عن تهمة مواضعة
الخ) قال في الهداية وأبعد
عن التهمة اه أي تهمة

الميل الى أحد المتقاسمين لسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة قاله السيد اه (قوله ولو اصطلحوا
فاقتسموا) أي بلا قاسم القاضي اه اتقاني (قوله جاز) أي لان الحق لهم اه غاية (قوله الا اذا كان فيهم صغير) أي فلا تجوز القسمة
حينئذ بتراضيهم لانه لا ولاية لهم على الصغير فلا بد حينئذ من الرجوع الى القاضي حتى يأمر من يقسم بينهم اه اتقاني وكتب ما نصه
بخط قارئ الهداية رحمه الله تحت قوله صغيرا أو مجنون أو غائب اه

(قوله لانهم اذا اشتركوا يتواكلون) التواكل أن يكل بعضهم الامر الى البعض قاله الاتقانى رحمه الله (قوله عند أبى حنيفة) وقول مالك كقول أبى حنيفة ذكره أبو القاسم بن الجلاب البصرى اه غاية (قوله وقالا على قدر الانصباء) وبه قال الشافعى وأحمد وأصبغ المالكى اه عينى وكتب ما نصه وثمرة (٣٦٦) الاختلاف تظهر فيما اذا كان المال بين ثلاثة لاحدهم سدسه وللآخر ثلثه وللآخر نصفه فأجرة القسام عليهم أثلاثا عنده وعندهما اسداسا اه غاية (قوله باعتبار كسور فيه) فلما كان كذلك لم يلتفت الى القلة والكثرة لان فى صعوبة كل خفاء فاعتبر أصل التميز وهما فيه سواء كما فى السفر لما كان فى المشقة خفاء أدير الحكم على نفس السفر اه اتقانى (قوله فلا يلزمه) قال فى مختصر الاسرار قال أبو حنيفة أجرة القسام على عدد الرؤس دون الانصباء الا فى المكيل والموزون فانها تكون على عدد الانصباء اه اتقانى (قوله حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة الخ) وتقضى منها الديون ولهذا لو أوصى بعبده لانسان ثم مات وهو يخرج من ثلثه ثم زادت قيمته قبل القسمة لم يسلم كله له وبعد القسمة ينقطع حق الميت بالكلية حتى كانت الزيادة له ان وقع فى قسمه فاذا تعدى التصرف الى الميت بقطع حقه لم يكن بد من اقامة البينة بخلاف الموروث المنقول لان فى قسمته نظرا للميت لحفظ ماله لانه لو هلك هلك على الميت ولا هلاك فى العقار اه غاية ﴿فرع﴾ التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت لكنها تصير ملكا للورثة من وجه كما سيأتى مضمونا بعد ورقة فى الشرح اه ﴿فرع آخر﴾ الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملك الميت حتى لو كانت التركة شجرة فأثمرت كانت الثمرة له حتى تقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه اه بدائع فى القسمة (قوله لو كان مكان الوارث وصى) يعنى اذا أقر الوصى بدين على الميت يدعيه انسان يكلف المدعى اقامة البينة ويكون الوصى خصما له وان كان مقرا اه

لانهم اذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الشركة يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك ثم أجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشترك وحمل الطعام المشترك وغسل الثوب المشترك ونفقة الشئ المشترك وكبناء الجدار المشترك وتطيين السطح المشترك ولان المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير أكثر فتكون مؤنته عليه أكثر وهذا نظير زوائد العين المشتركة لما كان ما يحصل منها لصاحب الكثير أكثر كانت مؤنة العين عليه أكثر ولابى حنيفة رحمه الله أن الاجر مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار كسور فيه فيتعذر اعتباره ألا ترى انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بفعلهما فيتعلق الحكم بأصل التمييز لان عمل الافراز واقع لهما جملة بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجرة مقابلة بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن يتفاوت ولو أطلقنا الجواب ولم نفرق بين أن يكون الكيل والوزن للقسمة أو لغيره وأوجبنا فى الكل على قدر الانصباء كان العذر له فيه ما ذكرنا من أن الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت فلا يلزمه واليه مال شمس الائمة السرخسى ومال بعضهم الى الاول فأوجب الاجر على السواء ان كان للقسمة والا فعلى قدر الانصباء وفى الحمل الاجر مقابل بالنقل وهو يتفاوت بخلاف التميز وفى الغسل مقابل بالتنظيف فيتقدر بقدر الملك لانه يتفاوت وبخلاف النفقة لانها لابقاء الملك فتتفاوت بتفاوته وفى البناء والتطيين الاجر مقابل بنفس البناء والتطيين وهو مقدر بالمكان بخلاف التميز والزوائد تتولد من الملك فتستحق بقدر الملك وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع لان الطالب هو المنتفع بالقسمة دون الآخر قال رحمه الله (ولا يقسم العقار بين الورثة باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا يقسم باعترافهم لان اليد دليل الملك لانه فى أيديهم والاقرار دليل الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم فصار كما اذا كان الموروث منقولا أو كان العقار مشترى وهذا لانهم لا منكر لهم ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد البينة بلا انكار لكنه يذكر فى كتاب القسمة أنه قسمه باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم حتى لا يعتق أمهات أولاده ولا مدبروه لعدم ثبوت موته فى حقهم بخلاف ما اذا كانت القسمة ببينة ولابى حنيفة رحمه الله أن القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد أمكن ذلك بجعل أحدهم خصما عن الميت وغيره عن أنفسهم لان الوارث نائب عنه واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان فى قبولها فائدة ألا ترى انه لو ادعى انسان على ميت دينا فأقر الوارث بذلك فأقام المدعى بينة تقبل بينته لانها تثبت الدين على الميت حتى يقدم على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا فى حقه خاصة وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصى والمسئلة بحالها بخلاف المنقول لان فى القسمة فيه نظرا لانه يخشى عليه التلف وفى القسمة حفظه وجعله

مضمونا على القابض فتعينت القسمة اذا القاضي نصب ناظرا والعقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض عنه فلا حاجة الى القسمة بغير ثبوت وبخلاف العقار المشترى لان المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلا يمكن ابقاؤه فلم تكن القسمة قضاء على الغير على أنه روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه في غير رواية الاصول أن العقار المشترى أيضا لا يقسم لانه محصن بنفسه فلا يخشى عليه التلف فلا حاجة فيه الى القسمة فسوى في هذه الرواية بين المشترى والموروث والفرق على ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو أن القسمة تكون قضاء على الميت في الموروث لبقاء ملكه فيه ولا تكون قضاء على البائع لعدم ملكه فيه لانه خرج عن ملكه بالبيع قال رحمه الله (ويقسم في المنقول والعقار المشترى ودعوى الملك) أي يقسم في المنقول الموروث والعقار المشترى وفيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقولهم من غير اقامة البينة أما في المنقول الموروث والعقار المشترى فلما بينا من المعنى والفرق وأما فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم فلانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم فيجوز وهذا رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة انما تكون إما لحق الملك تتميما للمنفعة أو لحق اليد تتميما للحفظ فالاول يمتنع لعدم الملك والثاني غير محتاج اليه لكونها محصنة بنفسها قال رحمه الله (ولو برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما) أي لو أقام رجلان بينة أن العقار في أيديهما وطلبا من القاضي أن يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة أن العقار ملكهما لاحتمال أن يكون لهما ولغيرهما وهذا هو المذكور في الجامع الصغير وقد بينا الوجه فيه والمصنف رحمه الله ذكر هذه المسئلة بعينها قبيل هذا بقوله ودعوى الملك لان المراد فيها أن يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدوري وشرط ههنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي أن يبين اختلاف الروايتين بان يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري كذا لان الصورة متحدة غير أن فيها اختلاف الروايتين كما رأيت وفي مثله تبين الروايتان ولا يذكرون كل واحدة على حدة لان ذلك يوهم باختلاف الصور على أنه لا يليق في مثل هذا المختصر الا ذكر احدى الروايتين قال رحمه الله (ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أو صبي قسم ونصب وكيل أو وصي يقبض نصيبه) أي وكيل يقبض نصيب الغائب أو وصي يقبض نصيب الصبي لان في نصبه نظرا للصغير والغائب ولا بد من اقامة البينة عند أبي حنيفة رحمه الله لما بينا في المسئلة الاولى بل أولى لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير وعندهما يقسم بقولهم على نحو ما ذكرنا ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين فان الصغير أو الغائب على حجته قال رحمه الله (ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث واحد لم يقسم) أي لم يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم في هذه الصور كلها أما اذا كانوا مشترين فلان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت به ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه

(قوله في المتن ويقسم في المنقول) قال الاتقاني قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يقسمه لما ذكرنا في العقار اهـ (قوله في المتن والعقار المشترى) قال في الهداية ولو ادعوا أنهم اشتروه قسمه بينهم قال الاتقاني هذا لفظ القدوري أيضا قال في شرح الاقطع هكذا ذكره محمد في كتاب القسمة وذكر في الجامع الصغير أنه لا يقسم حتى يقيموا (٢٦٧) البينة على الملك وجه الرواية الاولى أن المبيع بعد القبض ليس على ملك البائع (١) فيه حق ملك فقسم بقولهم ووجه رواية الجامع الصغير أنهم اعترفوا بالملك للبائع وادعوا انتقاله اليهم فلا يقبل الا ببينة كما لو ادعوا الميراث والفرق بينهما أن قسمة الميراث تقتضي الحكم بالموت وذلك يتعلق به أحكام كثيرة منها حلول الدين وعتق أمهات الاولاد والمدبرين وهذه الاحكام لا يجوز اثباتها بقول الوارث فلهذا لم يحكم في الميراث بقولهم وليس كذلك الشراء اهـ (قوله ولم يذكروا كيف انتقل اليهم) يعني لم يذكر سبب الانتقال اليهم من الشراء والارث وغيرهما وذلك لان من في يده شيء فالظاهر أنه له فقبل قولهم في القسمة اهـ اتقاني (قوله وهذا رواية كتاب القسمة) أي من المبسوط اهـ اتقاني (قوله ثم قيل هو الخ) أي المذكور في الجامع الصغير وهو قوله لم يقسمها حتى يقيما البينة على الملك قول أبي حنيفة خاصة لا قوله لان عند أبي حنيفة في الميراث لا يقسم بدون البينة وهنا العقار يحتمل أن يكون موروثا وغير موروث فلا يقسم احتياطا وعندهما يقسم في الموروث بدون البينة فههنا أولى اهـ اتقاني (قوله وقيل هو) أي قول محمد في الجامع الصغير اهـ (قوله في المتن ولو برهنا على الموت الخ) هذا اذا لم تكن الدار في يد الغائب أو شيء منها فاذا كان في يده شيء لم يقسمها وسيجيء بيانه بعد هذا اهـ اتقاني

---

(١) قول المحشي فيه حق ملك هكذا في الاصل ولعل في العبارة نقصا فليحرر اهـ مصححه

الموِرث ويرد عليه فيما باعه هو ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا تقبل ولا يقضى عليه وأما اذا كان العقار في يد الوارث الغائب فلأن في القسمة قضاء على الغائب باخراج الشيء من يده من غير خصم حاضر عنه وكذا اذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه أو في يد الصغير أو شيء منه لانه يكون قضاء على الغائب أو على الصغير من غير خصم حاضر عنه لان الامين أو الصغير ليس بخصم ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم اذا أقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة لانها قامت لاثبات ولاية القاضي في تركة الميت فتقبل ولان الورثة ينتصبون خصما عن الميت وينتصب بعضهم خصما عن بعض وقلما يكون الورثة كلهم حضورا فلو لم يقبل القاضي البينة لتضرروا وهو مدفوع وجوابه ما بينا وأما اذا حضر وارث واحد فلانه لا يصلح أن يكون مخاصما ومخاصما فكذا لا يصلح مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين على ما بينا لانه ان كان خصما عن نفسه فليس أحد يخصم عن الميت والغائب وان كان خصما عنهما فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين وعن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي ينصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار ووجه الظاهر أن التركة قبل القسمة وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو أعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم طالبا للارتفاق في نصيبه فتكون القسمة على هذا التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه ولئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما اذا ادعى أجنبي على الميت دينا حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت لانه دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي أن ينصب الاوصياء عن الموتى لا عن الاحياء واذا تعذر نصب الوصي والواحد لا يصلح خصما عن الميت وعن سائر الشركاء وان يكون مدعيا ومدعى عليه تعذر قبول البينة لانها لا تقبل من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة لان الدعوى على الصبي الحاضر صحيحة كالكبير الحاضر الا أنه عجز عن الجواب فينصب القاضي عنه وصيا ليجيب عنه خصمه بخلاف ما اذا كان الصغير غائبا لان الدعوى عليه غير صحيحة كالكبير الغائب وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسم لان الموصى له شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب هو خصما عن نفسه والوارث عن الميت وعن بقية الورثة فصار كما لو حضر وارثان ولو حضر الموصى له وحده وادعى لا تسمع بينته ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة قال رحمه الله (وقسم بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه) لان فيها تكميل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي اجابتهم قال رحمه الله (وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم) وذلك مثل البئر والرحا والحائط والحمام لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه بالنقض وهذا لان الطالب للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على غيره مع ذلك فلا يجيبه الحاكم اليه لانها اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما اذا كان فيه اضرار أو اضاعة للمال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع من أقدم على اتلاف ماله في الحكم وهذا من جملته قال رحمه الله (وان انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط)

(قوله ولا فرق في هذا الفصل) أي في أنه لا يقسم اذا كان العقار في يد الوارث (قوله اذا أقام الحاضرون البينة الخ) واليه ذهب صاحب الهداية حيث قال وان كانت الدار في يد الغائب أو في يد الصغير أو في أيديهما منها شيء فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاتفاق اهـ غاية

أى صاحب الكثير كذا ذكر الخصاف رحمه الله ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضى أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والانصاف فان له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضى أن يجيبه اليه لانه نصب لايصال الحقوق الى أهلها ودفع الظلم ولا يعتبر تضرر الآخر لانه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وان لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع به لا يجيبه لانه متعنت فى طلب الضرر على نفسه لان القاضى لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الجصاص على عكسه لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر راض بضرر نفسه فيجيبه وذكر الحاكم أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى لانه ان طلب صاحب القليل القسمة فقد رضى بضرر نفسه وان طلبها صاحب الكثير فقد طلب أن ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما والاصح ما ذكره الخصاف لان القاضى يجب عليه ايصال الحق الى مستحقه وفى طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه أن يجيبهم الى اضرار أنفسهم وفى طلب صاحب القليل ذلك وقال ابن أبى ليلى لا يقسم بطلب البعض الا اذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه لان المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم فى المنفعة واذا أدت القسمة الى الاضرار بالبعض لم تكن مشروعة لانها تقع على ضرر فصار كما اذا كان كلهم لا ينتفعون وكما اذا طلب صاحب القليل قلنا ان طالب القسمة يطلب حقه وأن ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضى ايصال حقه على ما بينا والضرر الذى يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعد ضررا فلا يبالى به ولا يمنع الحكم بالعدل كما فى سائر المواضع لان المحكوم عليه لا بد له من الضرر ولو كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل أحد الى حقه قال رحمه الله (ويقسم العروض من جنس واحد) لان اعتبار المعادلة فى المنفعة والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا فيملك القاضى الاجبار عليها قال رحمه الله (ولا يقسم جنسان والجواهر والرقيق والحمام والبئر والرحا الا برضاهم) أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضى دون جبر القاضى لان اجباره عليها على اعتبار التمييز وأما الجواهر فلان جهالتها متفاحشة ألا ترى أنها لا يصح تسمية المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا تقسم الكبار منها لفحش التفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل اذا اختلف جنسها لا تقسم وان اتحد تقسم كسائر الاجناس وأما الرقيق فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس والتفاوت فى الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما فى الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق فى الغنيمة بين الغانمين وصح تسميته فى النكاح مهرا ونحوه ولابى حنيفة رحمه الله أن التفاوت فى الرقيق فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشئ منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم فى واحد فتعذر الافراز والتمييز فلا تكون قسمة وانما هى مبادلة ولا جبر عليها بخلاف سائر الحيوانات لان الانتفاع بها لا يختلف الا شيأ يسيرا وذلك مغتفر فى القسمة ألا ترى أن الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشترى المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر رأس المال لم يتبين الربح

(قوله كذا ذكر الخصاف) يعنى فى أدب القاضى اه (قوله والاصح ما ذكره الخصاف) قال فى الهداية والاصح المذكور فى الكتاب قال الاتقانى أى فى مختصر القدورى وهو الاول أى المذكور فى الكتاب هو المذكور أولا وهو أنه لا يقسم الا اذا طلب صاحب القليل لانه متعنت والتعنت طلب العنت وهو المشقة وقال الاتقانى قبل هذا ما نصه (٣٦٩) وقال فى الفتاوى الصغرى دار بين رجلين طالبا القسمة جميعا وتراضيا بذلك وليس نصيب كل منهما مما ينتفع به فان القاضى يقسم ذلك بينهما لان الملك لهما وقد تراضيا بهذا الضرر وان طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر لم يقسم القاضى بينهما لان الطالب متعنت مضر بالآخر وان كان الضرر يدخل على أحدهما بأن كان نصيبه قليلا بحيث لا يبقى منتفعا به بعد القسمة ونصيب الآخر كثير يبقى منتفعا به بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة وأبى الآخر فالقاضى يقسم وان طلب صاحب القليل وأبى الآخر لا يقسم هكذا ذكر الخصاف يعنى فى أدب القاضى وذكر الجصاص على عكس هذا وما ذكره الخصاف أصح وذكر فى قسمة الواقعات دار بين شريكين لاحدهما كثير والآخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة طلب صاحب الكثير القسمة وأبى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق فان طلب صاحب القليل وأبى صاحب الكثير قال الكرخى فى مختصره لا يقسم واليه مال الفقيه أبو الليث وجعل هذا قول أصحابنا وبه أخذ شمس الائمة السرخسى وشيخ الاسلام الاسبيجابى وذكر الحاكم الجليل فى مختصره انه يقسم واليه ذهب شيخ الاسلام خواهر زاده وعليه الفتوى وهذا خلاف ما ذكر فى أدب القاضى الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى وقال الحاكم الشهيد فى مختصر الحاكم وقال أبو حنيفة انما أمنع القسمة اذا كان الضرر عليهما جميعا وان كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمته أيهما طلب القسمة الى هنا لفظ الحاكم اه غاية

ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين وقسمة الغنائم تجرى فى الاجناس فلا تلزم لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للامام أن يبيع الغنائم ويقسم الثمن بينهم وفى غير الغنائم ليس له أن يبيع ملك غيره الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط أو اناث فقط وأما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع لان الذكور والاناث من بنى آدم جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف ولا يقسم الجنسان وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة فى الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضى بطلب البعض وكم من شئ يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب والطريق يدخل فى بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده وأما الحمام والبئر والرحا فلما ذكرنا من الحاق الاضرار بالكل قال رحمه الله (دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد على حدة) أما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تقسم الدور بعضها فى بعض اذا كانت فى مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى أجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا الى رأى القاضى وهذا لان المعتبر فى القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها وفى المالية والمقصود دفع الضرر عن الشركاء واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم فى دار واحدة وينتفع بذلك والقاضى نصب ناظرا فكان الرأى اليه ولابى حنيفة رحمه الله أن الدور أجناس مختلفة لان المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل فى القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم فى دار الا بالتراضى ألا ترى أن التوكيل بشراء دار لا يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم فى التوكيل بشراء ثوب وفى التزوج على ثوب وهذا يؤذن بأن الجنس مختلف فهذا هو الاصل لامتناع القسمة ولا تجوز الا فى متحد الجنس فيقسم كل مكيل وموزون ومعدود متقارب كالقمح يقسم بانفراده وكذا الشعير ولا يجمع بينهما فى القسمة الا بتراضيهم وكذا الابل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة والنحاس والاوانى منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الاجناس لما ذكرنا واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لان فى قسمة كل بيت على حدة ضررا وكذا اذا كانت فى محلة أو محال لما ذكرنا من الضرر والتفاوت أيضا يسير بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت فأخذ شبها من كل واحد منهما والدور فى مصرين لا تقسم بالاجماع فيما روا هلال وعن محمد رحمه الله أنها تقسم وأما الدور والضيعة أو الدور والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف رحمه الله وقال فى اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيحتمل أن يكون فى المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا فيها على شبهة المجانسة قال رحمه الله (ويصور القاسم ما يقسمه) أى على قرطاس ليمكنه حفظه قال رحمه الله (ويعدله) أى يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره قال رحمه الله (ويذرعه ويقوم البناء) لان قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما ليمكنه التسوية فى المالية (١) ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء لما ذكرنا قال رحمه الله (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل لانه اذا لم يفرز يبقى لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الافضل فان لم يفرز أو لم يمكن جاز قال رحمه الله (ويلقب الانصباء بالاول والثانى والثالث

(قوله أو اناث فقط) فان كانوا ذكورا واناثا (٢٧٠) لا يقسم فى قولهم الا برضاهم اه قاضيخان (قوله ذكره الخصاف) قال الخصاف فى أدب القاضى ان كانت دار وأرض أو دار وحانوت لم يجمع نصيب كل واحد من ذلك فى أحد الصنفين وقسم كل واحد من ذلك بينهم على حدته الى هنا لفظ الخصاف رحمه الله وانما خص الخصاف بالذكر لان المسئلة لم تذكر فى كتب محمد ولا ذكرها الطحاوى والكرخى فى مختصريهما اه غاية (قوله وهذا يدل على أنهما جنس واحد) أى فاذا كانا جنسا واحدا يقسمان قسمة واحدة (قوله فى المتن ويلقب الانصباء بالاول الخ) قال العلامة حافظ الدين النسفى مؤلف المتن رحمه الله فى شرح النافع المسمى بالمستصفى ما نصه قال الشيخ الامام شمس الدين الكردرى صورته اذا كان لاحدهم نصف وللآخر ثلث وللثالث سدس يلقب النصف بالاول والثلث بالثانى والسدس بالثالث فان خرج السدس أولا يدفع من السهم الاول وهو النصف فان خرج بعده النصف يضم الى ما يليه حتى يتم له النصف ويدفع الى صاحبه ثم وثم الخ اه فقوله فى المتن فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ظاهر فيما اذا خرج أولا اسم صاحب الاول وهو النصف فى هذا المثال أما اذا خرج أولا اسم صاحب الثانى وهو الثلث أو الثالث وهو السدس فليس له السهم الاول بل له من السهم الاول لا كله وهو ظاهر فتنبه والله الموفق اه

(١) قول الشارح ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء كذا فى النسخ وصوابه العكس كما هو ظاهر اه من هامش بعض النسخ كتبه مصححه

والثالث ويكتب أساميهم ويقرع فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني)
فالقرعة لتطييب قلوبهم حتى لو قسم الامام بلا قرعة جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام ولقب الانصباء
ليتمكن من الالزام عند خروج قرعة كل واحد منهم وكيفيته أن ينظر الى أقل الانصباء فيقدر به أجزاء
السهام حتى اذا كان العقار مشتركا بين ثلاثة نفر لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس
جعله أسداسا لانه أقل فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث
السدس يلقب النصيب من أي جانب شاء بالاول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث ثم يكتب أسامي
الشركاء ببطاقات فيطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها حتى اذا نشفت
وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعاء أو كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه أولا فله
السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني الى أن ينتهي الى الاخير فان خرج أولا في المثال الذي ذكرناه
اسم صاحب النصف كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالاول وان خرج ثانيا كان له كذلك
من الذي يلي الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد منهم ولا يقال
تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لانا نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لان الاستحقاق كان
ثابتا قبله وكان للقاضي ولاية الزام كل واحد منهم النصيب وانما صير اليه لتطييب قلوبهم وهذا ليس
بقمار وانما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به شيأ لم يكن لهم قبل لا مثل هذه فان هذه مشروعة كما أخبر
الله تعالى حكاية عن يونس وزكريا عليهما الصلاة والسلام والقمار غير مشروع قال رحمه الله (ولا تدخل
في القسمة الدراهم الا برضاهم) لانه لا شركة فيها وتفوت به التعديل أيضا في القسمة لان بعضهم يصل الى
عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى ولان الجنسين المشتركين
لا يقسم قسمة فكذلك عند عدم الاشتراك واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقسم باعتبار
القيمة لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم لان تعديل البناء لا يمكن بالمساحة وعن أبي حنيفة
رحمه الله أن الارض تقسم بالمساحة والمساحة هي الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع في نصيبه البناء
أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية
له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج وعن محمد رحمه الله أنه يرد على شريكه بمقابلة
البناء ما يساويه من العرصة فاذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ
يرد دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل وهو القسمة بالمساحة الا بالضرورة وهذا يوافق
رواية الاصل قال رحمه الله (وان قسم ولاحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة
صرف عنه ان أمكن والا فسخت القسمة) لان المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم
بنصيبه وقطع أسباب تعلق حق كل واحد منهم بنصيب غيره فان أمكن صرفه حصل ذلك والا لم يحصل
فكانت القسمة مختلة فتعين النسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا
يفسد البيع فيما اذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق أو من تسييل الماء لان المقصود من البيع تملك
العين ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة لانها لتكميل المنفعة ولا يتصور الا بهما
ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول وهو ما اذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هذا لك بحقوقه كان الجواب
فيه مثل ما اذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه لان القسمة للتمييز على ما بينا وذلك بأن لا يتعلق حق بعضهم
بنصيب غيره وقد أمكن تحقيقه بصرفه عنه من غير ضرر فيصرف عنه الا اذا قال له خذ هذا بطريقه
وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لانه أثبت له بأبلغ وجوه الاثبات بخلاف البيع اذا ذكر فيه
الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع فيه وهو التمليك مع
بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني وهو ما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل الطريق

(قوله فعن أبي يوسف أنه يقسم) أي كل ذلك اه (قوله ثم يرد من وقع في نصيبه البناء) أي دراهم على الآخر بقدر فضل البناء لانه أكثر قيمة من العرصة غالبا اه غاية (قوله أو من كان نصيبه أجود) أي سواء كان هو الذي أصابه البناء أو أصابه العرصة اه (قوله لا ولاية له في المال) أي مال اليتيم اه (قوله ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال) أي كمن اشترى جحشا أو مهرا صغيرا أو أرضا سبخة فانه يجوز اه

والمسيل لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار أنه تكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره لان كل المقصود فيها الانتفاع وهو لا يحصل الا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في ادخال الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا مثل ما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض باب الدار بطوله أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما دونه لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولان في ذلك القدر كفاية في الدخول فكذا في السلوك فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم من الدار لان القسمة وقعت فيما وراءه ولم تقع فيه فبقي على الشركة كما كان ولو شرطوا أن تكون الطريق في الدار على التفاوت جاز وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة وان كان ذلك أرضا يرفع قدر ما يمر فيه ثور لوقوع الكفاية به في المرور قال رحمه الله (سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة) وهذا قول محمد وعليه الفتوى وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذروع والكلام فيه والمعتبر التسوية في أصل السكنى لا في المرافق ولمحمد رحمه الله أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغيره فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره فان أبا حنيفة أجاب بناء على ما شاهده من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهده من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد أجاب على ما شاهده من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف حجة بينهم فان أبا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى أيضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل فكانت منفعته ضعف العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى وأبو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب العلو والسفل أن يفعل ما لا يضر بالآخر حتى كان لصاحب العلو أن يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل أن يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة العلو أكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل أكثر كما في الكوفة وقيل في موضع تكثر النداوة فيه والسبخ يختار العلو وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتاء فلا يمكن اعتبار المعادلة فيهما الا بالقيمة ثم قول محمد رحمه الله لا يحتاج الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة أن يجعل بمقابلة مائة من العلو المجرد قدر ثلثه من البيت الكامل لان السفل عنده ضعف العلو فيقابل السفل من البيت الكامل ثلثي العلو المجرد فبقي العلو من البيت الكامل يقابل الباقي من العلو المجرد وهو الثلث فاستويا ويجعل بمقابلة مائة من السفل المجرد قدر ثلثيه من البيت الكامل لان السفل منه مثل السفل من السفل المجرد فلا يتفاوتان فبقي الثلث من السفل المجرد يقابل العلو من البيت الكامل ويجعل بمقابلة مائة من العلو المجرد قدر نصفه من السفل المجرد لان السفل يقابل ضعفه من العلو وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بمقابلة مائة من

(قوله بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره) أي ذكر الحقوق اه (قوله أن يجعل بمقابلة مائة من العلو) أي بان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أذرع من العلو المجرد فاذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع يكون مائة فيستوى الثلاثة والثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد اه (قوله فيقابل السفل) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ثلثي العلو وهو ستة وستون وثلثان اه (قوله فبقي العلو من البيت) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله يقابل الباقي من العلو المجرد) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله فاستويا الخ) فيجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون ذراعا وثلثا ذراع من البيت الكامل ويجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد خمسون ذراعا من السفل المجرد اه (قوله من السفل المجرد) أي وهو مائة ذراع اه (قوله قدر ثلثيه) أي وهو ستة وستون وثلثان اه (قوله لان السفل منه) أي من الكامل (قوله فبقي الثلث) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله وتفسير قول أبي يوسف) قال الاتقاني وقول أبي يوسف أظهر لانه يجعل العلو والسفل سواء فيكون خمسون ذراعا من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد أو السفل المجرد اه

قوله لتصحيح تصرفهما) أي فكانا متهمين اه (قوله كمن علق عتق عبده) أي بكلام رجلين فشهدا أنه قد كلمهما اه اتقاني
قوله ولانه لا يصلح أن يكون مشهودا به) أي لان فعل أنفسهما الذي هو التمييز لا يصلح مشهودا به اه اتقاني (قوله لانه غير لازم) أي
لصحة الرجوع قبل القبض (قوله بالاجماع) وقيل الخلاف في الكل وهو الاصح فلذا أطلق في الكتاب اه عيني رحمه الله

السفل المجرد أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو ونصفه الآخر السفل لاستواء العلو والسفل عنده ويجعل بمقابلة شيء من السفل المجرد قدره من العلو المجرد لما ذكرنا قال رحمه الله (وتقبل شهادة القاسمين ان اختلفوا) أي اذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضي أو من غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما لتصحيح تصرفهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لان فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة الى الشهادة على التمييز ولانه لا يصلح أن يكون مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفاء وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا اقتسما بأجر لا تقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل قلنا هما لا يجران بهذه الشهادة مغنما الى أنفسهما لان الخصوم توافقوا على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا قال رحمه الله (ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لم يصدق الا ببينة) لان القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة وان لم يقم بينة استحلف الشركاء لانهم لو أقروا بذلك لزمهم فاذا أنكروه حلفوا عليه ومن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما لان نكوله حجة عليه كاقراره فلا يكون حجة على غيره قالوا وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لانه مناقض واليه أشار من بعد حيث شرط للتحالف أن لا يشهد على نفسه بالاستيفاء ويشير بذلك الى أنه لو أشهد على نفسه بالاستيفاء لا يتحالفان لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التحالف لعدم صحة الدعوى بالتناقض فكذا هنا لانه قد أشهد على نفسه بالاستيفاء فوجب أن لا تقبل دعواه قال رحمه الله (وان قال استوفيت وأخذت بعضه صدق خصمه بحلفه) أي لو قال استوفيت حقي وأخذت بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر فالقول قول المنكر قال رحمه الله (وان لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم اليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لان الاختلاف فيما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن قال رحمه الله (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ) وهذا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي فظاهر لان تصرفه مقيد بالعدل والنظر وأما اذا كانت بالتراضي فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره في الكافي وقال أبو جعفر الهندواني يجوز أن يقال لا تصح هذه الدعوى لان القسمة بمعنى البيع فلا تنقض لظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع واذا وقعت بالقضاء يجب نقضها بالغبن الفاحش لانه حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الاب والوصي ينقض بالغبن

(قوله ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر) أي فقال دفعته وأنكره المدفوع اليه اه اتقاني (قوله فلا يقبل الا بحجة) أي فاذا أقام البينة يقضى له بتمام حقه اه اتقاني (قوله قالوا وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا) قال الاتقاني قال صاحب الهداية ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه يعني أن البينة تترتب على الدعوى الصحيحة والدعوى لا تصح مع التناقض لانه أقر باستيفاء حقه ثم ادعى أنه لم يستوف واعتذر بعضهم في هذا وقال التناقض عفو في موضع الخفاء كالعبد يدعي الحرية بعد اقراره أنه رقيق وقال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف ومحمد في رجل مات وترك دارا وترك ابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد نصيبه وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق في ذلك الا أن يقر صاحبه فعلم بهذا أن لا تقبل بينته بعد الاقرار بالاستيفاء كما قال صاحب الهداية وذلك لانهما اذا أشهدا على الوفاء فقد أقر

 كل منهما بوصول حقه اليه بجهة التمام فاذا ادعى انه لم يصل لم يقبل للتناقض اه (قوله كما في البيع)
قال في الخلاصة وفي الاصل دعوى الغلط في القسمة على ثلاثة أوجه أحدها دعوى الغلط في القسمة بأن يقول قيمته ألف وأنتم قومتموه بخمسمائة وهذه الدعوى غير صحيحة كدعوى الغبن في البيع فانه لا يصح هكذا ذكر في شرح الشافي قال الفقيه أبو الليث البلخي ان هذا غير مذكور في الاصل وان قيل تسمع فله وجه صحيح بخلاف الغبن في البيع وان قيل لا تسمع فله وجه صحيح كما في البيع وهو الصحيح

والامام خواهر زاده هكذا في نسخته ولم يرجح أحد الوجهين على الآخر وهذا كله في القسمة بالتراضي فان كانت القسمة بقضاء القاضي فله الفسخ والثاني لو قال نصيبي النصف وما وصل إلي الا الثلث والباقي في يدك وأنكر الآخر تحالفا وترادا كالبيع والثالث ادّعى أحدهما على صاحبه انه أخذ من نصيبه شيئا بعد القسمة يقيم البينة فان لم يكن حلف الآخر وهذا اذا لم يقر بالاستيفاء أو بالابراء أما اذا أقر بالاستيفاء أو الابراء أو شهد شاهدان على ذلك لم تصح دعواه اهـ (قوله وكذا لو اختلفا في الحدود) أي بأن قال هذا الحد قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر لا بل هذا الحد قد دخل في نصيب صاحبه اهـ (قوله والصحيح أن الاختلاف في الشائع) أي في نصيب أحدهما اهـ (قوله وفي استحقاق بعض معين) (٣٧٤) أي من نصيب أحدهما اهـ قال الاتقاني رحمه الله قال الكرخي في مختصره فان كانت مائة شاة بين رجلين نصفين ميراثا أو شراء فاقتسماها وأخذ أحدهما أربعين شاة تساوي خمسمائة وأخذ الآخر ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أيضا فتكون الستون شاة بينهما يضرب فيها هذا بخمسة دراهم ويضرب فيه الآخر بخمسمائة درهم الا خمسة دراهم الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وهنا لا تنقض القسمة بالاتفاق لان الاستحقاق اذا ورد على شيء معين لا تنقض القسمة وقد ورد على شاة بعينها فيوجب الرجوع بنصف قيمة الشاة المستحقة لتحقق المعادلة وتبين أن بينهما ألفا الا عشرة دراهم وقد وصل الى صاحب الستين خمسمائة والى صاحب الاربعين أربعمائة وتسعون وبقي له خمسة دراهم الى تمام حقه فيضرب في الستين بخمسة دراهم وشريكه بأربعمائة وخمسة وتسعين اهـ وعند (قوله فهذه ثلاثة أوجه) قال الاتقاني رحمه الله والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق شيء شائع في النصيبين تنقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق بعض شائع في أحد الطرفين لا تنقض القسمة عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف اهـ (قوله بأن كان البعض المقدم الخ) أي فاقتسما على أن يأخذ أحدهما ما لهما من النصف المقدم وهو نصف النصف وربع المؤخر ويأخذ الآخر ما بقي وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد ثلاثة أثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة أرباع جميع الدار وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الاولى اهـ

الفاحش ويجوز أن يقال تصح هذه الدعوى لان القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة لان التعديل يكون من حيث القيمة في الاشياء المتفاوتة فاذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البيع لانه غير مبني على المعادلة في القيمة ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد منهما طائفة فادّعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة وان أقاما البينة فالاعتبار لبينة المدعي لانه خارج وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وتفسخ القسمة وكذا لو اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد منهما بالجزء الذي هو في يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الخارج أولى وان أقام أحدهما بينة قضي له به وان لم تقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادّا كما في البيع والله أعلم قال رحمه الله (ولو استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف تفسخ القسمة هكذا ذكر الاختلاف في الجزء الشائع في الاسرار وغيره وذكر القدوري الاختلاف في استحقاق بعض نصيب أحدهما بعينه والصحيح أن الاختلاف في الشائع وفي استحقاق بعض معين لا يفسخ بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل يفسخ بالاجماع فهذه ثلاثة أوجه ومحمد مع أبي حنيفة فيما حكاه أبو حفص ومع أبي يوسف فيما حكاه أبو سليمان والاول أصح لابي يوسف أنه بالاستحقاق ظهر شريك آخر والقسمة بدونه لا تصح فصار كما اذا استحق بعض شائع في الكل يحققه أن استحقاق جزء شائع ينعدم به معنى القسمة وهو الافراز ألا ترى أنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شائعا كاستحقاق الكل شائعا بخلاف المعين لان ما وراء المستحق بقي مفرزا على حاله ليس للغير فيه حق ولهما أن المقصود بالقسمة التمييز والافراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في الابتداء على هذا الوجه بأن كان البعض المقدم مشتركا بين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين منهم فاقتسم الاثنان على أن لاحدهما ما لهما من المقدم وللآخر المؤخر أو اقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وبعض المؤخر مفرزا يجوز فكذا هذا وصار كاستحقاق شيء بعينه بخلاف استحقاق الشائع في الكل لان معنى الافراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض في الكل ولهذا لا تجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه فكذا بقاء لانها لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه في الانصباء ولا ضرر بالمستحق هنا فوضح الفرق فاذا لم تبطل القسمة يرجع بحسابه على شريكه لانه لو استحق نصيب أحدهم كله يرجع به على الشركاء فكذا اذا استحق البعض اعتبارا للجزء بالكل وله أن ينقض القسمة ان شاء دفعا لعيب التشقيص لانه اذا رجع على الشركاء بحسابه يتفرق نصيبه فيتضرر به ولو باع بعضهم بعض نصيبه شائعا ثم استحق بعض ما بقي شائعا كان له أن يرجع على الشركاء بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض

(قوله ولو اقتسم الورثة التركة الخ) فى التركة دين وطلبوا من القاضى القسمة وهو يعلم به وصاحب الدين غائب فان كان الدين مستغرقا لا يقسم لانه لا ملك لهم وان كان غير مستغرق فالقياس كذلك وهو قول أبى حنيفة ولكنه استحسن وقال اقل ما تخلو تركة عن دين يسير ولا يصح أن يقف عشرة آلاف بدين عشرة فينظر للفريقين ويوقف قدر الدين ولا يأخذ كفيلا بشئ من ذلك عنده أما عندهما فيأخذ كفيلا وان لم يكن الدين معلوما للقاضى سألهم فان قالوا الا القول قولهم ويقسم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ الذمة فلو ظهر دين نقض القسمة لانه تبين أن القسمة قبل أوانها فان أوانها بعد قضاء الدين كذا فى المبسوط والذخيرة اه (قوله ولو كان الدين غير مستغرق الخ) وفى الذخيرة لو ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع وما أشبه ذلك ردت القسمة لانه ظهر أن فى التركة شريكا آخر قد اقتسموا دونه وكذا لو ظهر الموصى له بالالف المرسلة الا اذا قالت الورثة نحن نقضى حق الغرماء وحق الموصى له بالالف المرسلة أما فى الوارث الآخر والموصى له بالثلث أو الربع ليس لهم ذلك لان حق الوارث الآخر والموصى له بالثلث فى عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وحق الغريم والموصى له بالالف المرسلة فى المال لا فى عين التركة وفى ذلك مال الوارث والتركة سواء ولهذا قالوا لو كان مال آخر لم يدخل فى القسمة ليس للغريم والموصى له بالالف نقض القسمة (قوله الا اذا بقى من التركة الخ) وتحرير هذا يأتى فى آخر كتاب الصلح اه (قوله فى المتن ولو تهايآ فى سكنى دار الخ) شرع فى المهايأة وهى قسمة المنافع بعد بيان قسمة الاعيان لانه يحتاج اليها وقدم الاعيان لان العين أصل لكونه قائما بنفسه والمنافع أعراض لا تقسم بنفسها بل بالعين اه غاية (قوله ويختارها) يعنى الشريك ينتفع بالعين على الهيئة التى انتفع بها الآخر اه (قوله واجماع الامة) أى والمعقول اه (قوله ولكم شرب يوم معلوم) أخبر أن الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب وشريعة من قبلنا تلزمنا على أنه شريعتنا ما لم يرد النسخ اه غاية (قوله وعلى جوازها اجماع الامة) وأما المعقول فلان الاعيان خلقت للانتفاع فتى كان الملك مشتركا كان حق الانتفاع مشتركا أيضا والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك فى زمان واحد فيحتاج الى التهايؤ تكميلا للانتفاع ولان المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه فى العقود فجاز وقوع القسمة فيها كالاعيان فان قيل المهايأة تمليك منافع بمنافع من جنس واحد فهى اجارة ولا يكره القاضى على الاجارة قلنا لا نسلم أنها اجارة لانه مستوف منفعة نفسه بل هى قسمة منافع الاعيان ثم التهايؤ قد يكون من حيث المكان كالدار الواحدة الكبيرة يسكن أحدهما ناحية منها والآخر ناحية أخرى وقد يكون من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بالعين مدة والآخر مدة كالدار والارض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة وأما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا تتأتى القسمة الا من حيث الزمان اه غاية

وعند أبى يوسف يرجع على ما فى أيديهم بحسابه ويضمن حصتهم مما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك فينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت فان قضوه صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها الا اذا قضوا الدين أو أبرأ الغرماء فحينئذ تصح قسمتهم لزوال المانع ولو كان الدين غير مستغرق فكذلك الجواب لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقى من التركة ما يفى بالدين فحينئذ لا تفسخ القسمة لعدم الحاجة ولو ادعى أحد المتقاسمين للتركة دينا فى التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأى سبب كان لم تسمع دعواه اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك قال رحمه الله (ولو تهايآ فى سكنى دار أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح) التهايؤ اعلم أن المهايأة مشتقة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للمتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وهى فى الشرع عبارة عن قسمة المنافع وهى جائزة فيما ذكره الشيخ استحسانا والقياس أن لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لان كل واحد من الشريكين ينتفع فى نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه فى نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهايأة وأما السنة فما روى أنه عليه الصلاة والسلام قسم فى غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتهايؤن فى الركوب وما روى أن الرجل الذى خطب تلك المرأة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلم أنه ليس له صداق الا نصف ازاره فقال له عليه الصلاة والسلام ما تصنع بازارك ان لبسته لم يكن عليها منه شئ وان لبسته لم يكن عليك منه شئ أى بطريق المهايأة وهذا هو تفسير المهايأة وعلى جوازها اجماع الامة ولان المهايأة قسمة المنافع يصار اليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة فى الانتفاع بها فكانت المهايأة جمعا للمنافع فى زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشائع فى مكان معين فجرت المهايأة فى المنافع مجرى القسمة فى الاعيان ولو لم تجز المهايأة لادى الى تعطيل الاعيان التى لا يمكن قسمتها وانه قبيح لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافيه فتجوز ضرورة كقسمة الاعيان فيجرى جبر القاضى فيها كما يجرى فى قسمة الاعيان الا أن القسمة

أقوى منه فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لانه أبلغ فى التكميل ولو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه أبلغ ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما لانها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة فى الاستئناف ثم لو تهايآ فى دار واحدة على أن يسكن أحدهما بعضها والآخر البعض أو أحدهما العلو والآخر السفل جازت لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة لانه لو كان مبادلة لما صح لانها لا تجوز فى الجنس الواحد نسيئة للربا وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه وانما قيل ذلك خشية الربا وكلا القولين مشكل لان كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور أن يكون افرازا للكل أو عارية فى البعض والعارية أيضا غير لازمة والمهايأة لازمة وقيل هو افراز من وجه مبادلة من وجه كقسمة الاعيان والاوجه أنها افراز من كل وجه فى المهايأة فى المكان ولهذا لا يشترط فيها التأقيت وجاز لكل منهم أن يستغل ما أصابه بالمهايأة على الظاهر شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفى المهايأة فى الزمان افراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق فى المهايأة فى المكان دون الزمان وكذا لو تهايآ فى الزمان فى عبد واحد جاز لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ فى المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يأمرهما القاضى بالاتفاق لان التهايؤ فى المكان أعدل لاستوائهما فى زمان الانتفاع وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر فكان أعدل وفى الزمان أكمل لان كل واحد ينتفع فى نوبته بجميع الدار فكان أكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة عن نفسه ولو تهايآ فى عبدين على الخدمة جاز أما عندهما فظاهر لان قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة وأما عند أبى حنيفة فروى عنه أنه لا يجوز الا بالتراضى لان قسمة الرقيق لا يجرى فيها الجبر عنده فكذا منفعته والاصح أن القاضى يهايئ بينهما جبرا لطلب أحدهما لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو تهايآ بينهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا لان العادة جرت بالمسامحة فى طعام المماليك فلا تفضى الجهالة الى النزاع ونظيره استئجار الظئر بطعامها وكسوتها لجريان العادة بالمسامحة لاجل الولد بخلاف كسوة المماليك لانه لا تسامح فيها عادة ولو تهايآ فى دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضى عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجرى الجبر على قسمتهما وكذا عنده لان المنافع فيهما لا تتفاوت فيجوز ويجبر الآبى منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة لان التفاوت فى أعيانهما فاحش فالتحقت بالاجناس المختلفة وصارت مبادلة وقيل عنده يجوز بالتراضى ولا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه أنه لا يجوز التهايؤ فيه أصلا لا بالجبر ولا بالتراضى لانه يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز على ما مر فى الاجارة بخلاف قسمة رقبتهما حيث تجوز بالتراضى لان بيع احداهما بالاخرى جائز وفى الظاهر ان قوله كقولهما وفى الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبى حنيفة وعندهما

(قوله لانه أبلغ) أى لان قسمة العين أبلغ من قسمة المنفعة فى تكميل الانتفاع لاجتماع المنافع فى الزمان الواحد وفى التهايؤ يحصل ذلك على التعاقب قال فى كتاب الصلح من الشامل ولكل واحد نقض المهايأة بلا عذر اذا لم يرد التعنت لانه بمنزلة العارية وقال فى الكفاية طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايأة قسم الحاكم (٢٧٦) وفسخ المهايأة لان الاصل القسمة اهـ اتقانى (قوله جازت) أى سواء ذكر المدة أو لا اهـ غاية (قوله لا مبادلة) ألا ترى أنه لا يشترط فيه بيان المدة فلو كان مبادلة لاشترط ذلك لانه يكون تمليك المنفعة بعوض كالاجارة ويشترط التأقيت فى الاجارة اهـ غاية (قوله عارية الخ) العارية ما يكون بغير عوض وهنا بعوض اهـ (قوله وكذا لو تهايآ فى الزمان فى عبد واحد) أى على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما اهـ (قوله بالاتفاق) أى على أحدهما اهـ (قوله ولو تهايآ بينهما على أن نفقة كل الخ) قال فى الشامل تهايآ عبدين على أن يستخدم كل واحد أحدهما وطعام كل واحد عليه جاز استحسانا لانه يستقبح أن يخدمه ويؤتى بطعامه من بيت غيره فيجوز ولو تهايآ على أن يكون على كل واحد كسوة ما فى يده لا يجوز لان كسوتهما عليهما فيكون كل واحد مشتريا نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذى فى يده وانه مجهول فلا يجوز اهـ اتقانى رحمه الله (قوله وقيل) قائله الكرخى اهـ (قوله ولا يجبر اعتبارا بالقسمة) أى لان عنده قسمة الجبر لا تجوز فى الدور فكذا فى القسمة بطريق المهايأة اهـ غاية ﴿فرع﴾ مما يحفظ فى الذخيرة أمة بين رجلين خاف كل صاحبه عليها فقال أحدهما عندك يوما وعندى يوما وقال الآخر بل نضعها على يدى عدل تجعل عند كل واحد منهما يوما ولا توضع على يدى عدل قال مشايخنا يحتاط فى باب الفروج فى جميع المسائل الا فى هذه فانه لا يحتاط خشية ملكه اهـ معراج

يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان ولابي حنيفة أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ في الغلة فنذكره من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وفي غلة عبد أو عبدين أو بغل أو بغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمرة شجرة أو لبن شاة لا) أي لا يجوز في هذه الاشياء التهايؤ أما التهايؤ في غلة عبد واحد أو بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة أحدهما على الغلة في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ في المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لان التهايؤ وقع في المنافع هنالك فتجب مراعاة المعادلة فيها وبالتفاوت في الغلة لا يتبين فوت المعادلة في المنافع فان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند العقد وبخلاف ما لو تهايآ على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان فيه لان معنى الافراز راجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفاء فان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كأنه أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في ايجار نصيب صاحبه فاذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا بينهما وأما التهايؤ في استغلال عبدين أو بغلين فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز لان المعادلة تمكن بينهما للاتحاد وقتهما وكذا تجوز قسمة رقبتهما عندهما فكذا منافعهما وبدلهما فصار كالدارين بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد حيث لا يجوز لانه لا يتأتى الا في زمانين فيتوهم تغيره بل هو الظاهر في الاستغلال لان العادة جرت بالاستقصاء فيه فيتغير من التعب بخلاف التهايؤ في خدمة عبد واحد حيث يجوز بالاجماع لما ذكرنا ولان الخدمة يجري فيها التسامح عادة فلا يلحقه تعب كما يلحقه في الاستغلال فلا يتغير ولابي حنيفة أن التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين مال ولانه يتغير بالاستغلال كما ذكرنا في العبد الواحد فيحصل التفاوت بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار ولان التهايؤ في الاستغلال يمتنع عند اختلاف الزمان بأن وقع متعاقبا في عبد واحد فلأن يمتنع عند اختلاف المحل أولى وجملة الامر أن مسائل التهايؤ اثنتا عشرة مسألة ففي استخدام عبد واحد جائز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الاصح وكذا التهايؤ في استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق وفي العبدين على الخلاف والتهايؤ في سكنى دار واحدة يجوز بالاتفاق وكذا في غلتها وكذا في سكنى دارين وفي غلتهما خلاف والاظهر أنه يجوز بالاتفاق وركوب بغل أو بغلين على الخلاف ولا يجوز في استغلال بغل واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف وأما التهايؤ في ثمرة شجرة أو لبن غنم فلانها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ لان التهايؤ في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها بخلاف لبن ابن آدم حيث تجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايآ أن ترضع احداهما ولد أحدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان لبن ابن آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع والحيلة في الثمار

(قوله ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة الخ) ولو تهايآ في نخل على أن يأكل كل واحد منهما غلة بعضها لم يجز لان غلة النخيل قبل وجودها معدومة حقيقة وحكما لانها لم تجعل موجودة حكما في حق التمليك بعوض وهو الاجارة حتى تعتبر موجودة حكما في حق القسمة وقسمة المعدوم لا تتحقق لانه افراز من وجه مبادلة من وجه وكلا الامرين لا يتحققان قبل الوجود اه ولوالجي في الصلح (قوله ان مسائل التهايؤ اثنتا عشرة مسألة) أي غير الثمر واللبن اه مس (قوله والحيلة) أي في جواز التهايؤ اه قال صاحب الهداية والحيلة في جواز التهايؤ أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن استقراضا لنصيب صاحبه يعني يبيع أحد الشريكين حصته من الشجر والغنم من صاحبه ثم يشتري من صاحبه بعد مضي نوبته جميع الشجر أو الغنم فيحل لكل واحد منهما ما تناوله لانه حصل اللبن أو الثمر على ملك المشتري أو ينتفع باللبن استقراضا لنصيب صاحبه من الحليب كل يوم أي مدة معلومة ثم اذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن في مثل تلك المدة بعضه من نصيب نفسه في هذه المدة وبعضه مما أقرضه في المدة الماضية ولكن ينبغي أن يزن اللبن أو يكيله كل يوم حتى تتحقق المساواة في الاستيفاء فلا يكون ربا لان اللبن يزيد وينقص في الحلب وقال في قسم الشامل من المبسوط تهايآ في أغنام بينهما على أن يكون نصفها عند هذا والنصف عند الآخر يعلف ويشرب لبنها أو يجز صوفها لا يجوز لان اللبن بينهما والعلف عليهما فيكون كل واحد منهما مشتريا باللبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه واللبن يزيد وينقص والعلف مثله فيكون التفاوت فاحشا فيكون مبادلة محضة فكان بيع لبن بلبن وصوف بصوف مجازفة فلا يجوز بعد الحلب والجز فقبلهما أولى وقال في الفتاوى الصغرى بقرة بين اثنين تواضعا على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها فهذه مهايأة باطلة ولا يحل فضل اللبن عليهما وان جعلا في حل الآن يستهلكه صاحب الفضل

فقال ثم جعله صاحبه في حل فهو منه تحلل لان الاول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز والثاني هبة الدين وانه يجوز وان كان مشاعا ونقله عن قسمة الواقعات اه اتقاني (قوله أو ينتفع باللبن المقدر) أي بوزن معلوم

﴿ كتاب المزارعة ﴾

لما كان الخارج من الارض من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة ولان الارض بعض ما يجري فيه القسمة ثم بعد قسمة الارض قد يحتاج الى الزراعة فيها فذكر المزارعة عقيبها اه اتقاني (قوله وهي مفاعلة) أي من زارع من الزرع وهو إلقاء الحب ونحوه في الارض اه ع (قوله لانه لا أثر للعمل فيها) أي لم يرد الاثر في دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد اه (قوله فيكون في معنى قفيز الطحان) وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر رجلا حتى يطحن له كرا من حنطة بقفيز من دقيقها ولا شك أن ذلك استئجار العامل ببعض ما يخرج من عمله فكذا المزارعة والمساقاة اه غاية (قوله ولان الاجر مجهول أو معدوم الخ) وانما قلنا ذلك لان الارض أو الشجر اما أن تخرج شيأ أو لا فان أخرجت فالاجرة مجهولة لان قدر الثلث أو الربع لا يعلم كم هو وان لم تخرج فالاجرة معدومة اه غاية (قوله بطريق المن عليهم) يعني أنه لم تكن بطريق المزارعة والمساقاة بل كانت بطريق الخراج على المن عليهم والصلح لان النبي صلى الله عليه وسلم ملكها غنيمة فلو كان أخذها كلها جاز (قوله وتنعقد لازمة) أن قال الاتقاني في أول المزارعة ثم لا بد أن يعرف ركنهما وشرائط جوازهما وحكمهما وصفتهما فأما ركنهما فالايجاب والقبول ثم ذكر شرائط الجواز ثم قال وأما بيان حكمهما فنقول لهما حكمان أحدهما ما يثبت في الحال وهو الملك في منفعة الارض ان كان البذر من جهة المزارع أو ثبوت الملك في منفعة العامل ان كان البذر من جهة رب الارض وفي المعاملة ثبوت الملك في منفعة العامل والحكم الآخر يثبت في الثاني وهو الشركة في الخارج وأما بيان صفتهما فنقول المعاملة لازمة من الجانبين في الحال حتى ان كل واحد من العاقدين لا يملك الفسخ

ونحوه أن يشتري نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض في نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب المزارعة ﴾

وهي مفاعلة من الزراعة في اللغة قال رحمه الله (هي عقد على الزرع ببعض الخارج) وهذا في الشريعة قال رحمه الله (وتصح بشرط صلاحية الارض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية بين الارض والعامل والشركة في الخارج وأن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر) وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا تجوز المزارعة لهما ما روي أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ولانها عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الى العمل والمهتدي اليه قد لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا أثر للعمل فيها في حصول الزيادة فلم تتحقق الشركة مع أنه ليس فيها عرف وفي المزارعة عمل الصحابة والتابعين والصالحين من بعدهم الى يومنا هذا بلا نكير ولابي حنيفة ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن عليهم والصلح وهو جائز لان الخراج نوعان خراج وظيفة وهو أن يوظف الامام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما تطيق أرضهم والثاني خراج مقاسمة وهو أن يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزأ شائعا والدليل على ذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها لهم لان المزارعة لا تجوز عند من يجيزها الا ببيان المدة على ما نبين والدليل عليه أيضا ما روي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سألته اليهود أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم نقركم بها على ذلك ما شئنا رواه البخاري ومسلم وأحمد وهذا صريح بأنها كانت خراج مقاسمة وانهم كانوا ذمة للمسلمين والذمي اذا أقر على أرضه بقيت على ملكه وما يؤخذ من أراضيه خراج ولفظ البخاري أعطى خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها والاعتبار بالمضاربة لا يجوز لان معنى الشركة فيها أغلب حتى صحت بدون ضرب المدة ولا تنعقد لازمة أصلا فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة قد ينعقد على العمل خاصة كما في شركة الاعمال فما ظنك اذا انضم اليه المال ولا كذلك المزارعة لانها اجارة حتى يشترط لها ضرب المدة وتنعقد لازمة وانما كان لصاحب البذر أن يفسخ للعذر والاجارة تفسخ بالاعذار ألا ترى أنه ليس له أن يفسخ بعد ما بذر في الارض فامتنع القياس عليها والحيلة للجواز عنده

الا بعذر والمزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته حتى لا يملك الفسخ الا بعذر وغير لازمة من قبل من له البذر قبل القاء البذر في الارض حتى يملك الفسخ من غير عذر و بعدما ألقى البذر في الارض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الفسخ بعد ذلك الا بعذر اه (قوله ثم اذا فسدت المزارعة عنده) أي فسد العقد عند أبي حنيفة بان سقى الارض وكربها ولم يخرج شئ فله أجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة قال في شرح الطحاوي فلما لم يجز عنده كان الخارج كله لصاحب البذر فان كان البذر من قبل رب الارض فالخارج كله له ويطيب له ولا يتصدق به لان ذلك كله نماء ملكه ويجب عليه أجر مثل المزارع وان كان البذر من قبل المزارع فالخارج كله له ويجب عليه أجر مثل الارض لصاحب الارض لانه استعمل الارض بعقد فاسد فما كان من الخارج بازاء البذر والمؤنة يطيب له وما فضل من ذلك تصدق به وأما على قولهما فان حصل من الخارج شئ يكون بينهما على الشرط وان لم يحصل فلا شئ على رب الارض ولا على المزارع اه غاية (قوله وأن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد) أي وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل اه هداية (قوله لانه عقد على منافع الارض أو العامل) قال في شرح الطحاوي وعقد المزارعة قد يكون استئجار الشخص ببعض الخارج كما اذا كان البذر من قبل رب الارض وقد يكون استئجار الارض ببعض الخارج كما اذا كان البذر من قبل المزارع اه غاية (قوله وعند محمد بن سلمة الخ) قال الاتقاني وعن محمد بن سلمة أن المزارعة من غير بيان المدة جائزة أيضا ويقع على سنة واحدة يعني على زرع واحد وبه أخذ الفقيه أبو الليث اه قوله جائزة أيضا يعني كالمعاملة وانظر الى الحاشية التي كتبتها في أول المساقاة فهذه تتمتها والله الموفق اه وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله وحكى عن أئمة بلخ أن بيان من عليه البذر انما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر أن البذر على من يكون أو كان العرف مشتركا وكل موضع كان بينهم عرف ظاهر أن البذر يكون على أحدهما بعينه لا يشترط بيان من عليه اذ المعروف كالمشروط كما في نقد البلد اه (قوله فلا بد من بيان جنس الاجرة) قال الاتقاني أول المزارعة ومن الشرائط بيان ما يزرع في الارض وهذا قياس وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة هكذا ذكر شيخ الاسلام في أول شرح المزارعة ثم قال الاتقاني بعد أوراق ما نصه والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما وذلك لان الاجر بعض الخارج واعلام جنس الاجر شرط وهذا قياس وفي الاستحسان ليس ذلك بشرط مر بيانه في أول الكتاب قال أبو جعفر الطحاوي في مختصره واذا استأجر الرجل أرضا مزارعة ولم يسم ما يزرع فيها فالمزارعة فاسدة فان اختصما قبل أن يزرع فسخت وان لم يختصما فيها حتى زرعت وحصد زرعها وانقضت مدة الاجارة جاز لرب الارض التي وقعت الاجارة به لا شئ له غيره الى هنا لفظ الطحاوي قال الامام الاسبيجابي في تعليله لان الارض مما يختلف باختلاف الزرع فرب زرع ينقص الارض نقصانا كثيرا ورب زرع ينقصها انقصانا قليلا ورب زرع يزيد في الارض فلا يجوز ما لم يبين فان اختصما قبل الزراعة كان لكل واحد منهما فسخ الاجارة ولو زرع المستأجر فيها شيأ قبل الفسخ تعين ذلك للعقد وللآجر المسمى من الاجرة وكذلك لو استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها أو استأجر ثوبا ولم يبين من يلبسه أو استأجر قدرا ولم يبين ما يطبخ فيها وقال أيضا في شرح الطحاوي اذا دفع الارض مزارعة على أن البذر من قبل العامل على أن الخارج بينهما وشرط عليه أن يزرع شيأ معلوما فزرع غيره فانه يكون مخالفا سواء أضر بالارض أو لم يضر بخلاف ما اذا آجر أرضه بدراهم والفرق بينهما أن الاجرة هنا بعض الخارج والخارج يختلف باختلاف الزرع فاذا شرط الحنطة فقد رضي أن تكون أجرته الحنطة فاذا زرع الشعير صار مخالفا ولا كذلك الاجارة بدراهم لان هناك الاجارة دراهم كما هي فلو بطل العقد انما يبطل لاجل المضرة فان كان ما زرع فيها يكون في المضرة مثلها أو دونه لم يوجد الخلاف وان كان أكثر من ذلك يكون مخالفا اه

أن يستأجر العامل باجر معلوم الى مدة معلومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له من الاجر في ذمة صاحب البذر فيجوز ذلك بتراضيهما كما في سائر الديون اذا أعطاه خلاف جنسه ثم اذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر أجر المثل للعامل أو للارض والغلة له لانها نماء ملكه وقالوا الفتوى اليوم على قولهما لحاجة الناس اليها ولتعاملهم والقياس قد يترك بالتعامل والضرورة كما في الاستصناع ثم شرط في المختصر لجوازها عند من يجيزها أن تكون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه وأن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد لان العقد لا يصح الا من الاهل وان يبين المدة لانه عقد على منافع الارض أو العامل وهي تعرف بالمدة ويشترط أن تكون المدة قدر ما يتمكن فيها من الزراعة أو أكثر وأن لا تكون قدر ما لا يعيش اليه مثلهما أو مثل أحدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة وتقع على سنة واحدة وأن يبين من عليه البذر لان المعقود عليه هو منافع العامل أو منافع الارض لا يعرف الا ببيان من عليه البذر لانه المستأجر فببيانه يعرف ما وقع عليه عقد الاجارة من منافع العامل أو منافع الارض وأن يبين جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة وأن يبين نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بقوله وحظ الآخر لانه أجرة عمله أو أرضه فلا بد أن يكون

معلوما وأن يخلى بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط فى العقد ما تفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح وأن يكون الخارج مشتركا بينهما لانه هو المقصود بها فتنعقد اجارة فى الابتداء وتتم شركة فى الانتهاء ولهذا لو شرط لاحدهما قفزان مسماة تفسد لانه يؤدى الى قطع الشركة فى البعض المسمى أو فى الكل اذا لم تخرج الارض أكثر من ذلك وكذا اذا شرط أن يرفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما اذا شرط أن يرفع عشر الخارج أو ثلثه والباقى بينهما لانه لا يؤدى الى قطع الشركة وهو يصلح أن يكون حيلة للوصول الى رفع البذر وأن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقى لآخر أو يكون العمل لواحد والباقى لآخر وهذه الجمل من جملة شروطها وانما كان كذلك لان من جوزها انما جوزها على أنها اجارة ففى الصورة الأولى يكون صاحب البذر والارض مستأجرا للعامل وبقره تبع له لاتحاد منفعتهما لان البقر آلة له فصار كمن استأجر خياطا ليخيط له بابرته أو صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ من عنده والاجر يقابل عمله دون الآلة فيجوز والاصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر فتخرج المسائل على هذا كما رأيت وفى الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجرا للارض بأجر معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم فى الذمة وفى الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستأجرا للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلومة من الخارج فيجوز كما اذا استأجر خياطا ليخيط له قميصا بابرة من عند صاحب الثوب أو طيانا ليطين له بمر من المستأجر قال رحمه الله (فان كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر أو كان البذر لاحدهما والباقى لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقى لآخر أو شرط لاحدهما قفزانا مسماة أو ما على الماذيانات والسواقى أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن يرفع الخراج والباقى بينهما فسدت فيكون الخارج لرب البذر وللآخر أجر مثل عمله أو أرضه ولم يزد على ما شرط) والشيخ رحمه الله لما بين شروط جواز المزارعة بين أيضا الشروط المفسدة لها وبين أن الخارج فى الفاسدة منها لصاحب البذر لانه نماء ملكه وأن للآخر أجر المثل ولا يزاد على المسمى لان صاحب البذر هو المستأجر والآخر هو الاجير على ما بينا والواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمى على ما عرف وعند محمد بالغة ما بلغت وقيل الخارج لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر وقابضا له باتصاله بارضه والاول أصح ثم قيل ان كان البذر لصاحب الارض طاب له الفضل وان لم يكن له لا يطيب له فيتصدق بما زاد على البذر وأجر الارض وهذه الجمل التى عددها مفسدة للاجارة أما الاول وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر فلأن صاحب البذر استأجر الارض واشتراط البقر على صاحب الارض مفسد للاجارة لان البقر لا يمكن أن يجعل تبعا للارض لان منفعة

(قوله وكذا اذا شرط أن يرفع قدر بذره) أى ويكون الباقى بينهما نصفين اهـ (قوله والاجرة تقابل عمله دون الآلة) يعنى لا يكون الاجر بمقابلة البقر بل بمقابلة العمل اهـ (قوله وفى الصورة الثانية يكون صاحب البذر الخ) قال الاتقانى وفى نوادر ابن رستم عن محمد اذا قال لغيره آجرتك أرضى هذه سنة بالثلث أو بالربع فهو جائز والبذر على المزارع ولو قال دفعت اليك أرضى أو قال أعطيتك أرضى مزارعة بالثلث فهو فاسد لانه ليس فيه بيان من عليه البذر وانه شرط ولا كذلك الصورة الاولى لان الاجرة تكون على المستأجر لا محالة اهـ وكتب ما نصه والبقر غير مستأجرة وانما استعملها فى عمل نفسه وذلك لا يمنع صحة العقد اهـ غاية (قوله أو ما على الماذيانات والسواقى) الماذيان فارسى معرب أصغر من النهر وأعظم (٣٨٠) من الجدول والسواقى جمع الساقية وهى فوق الجدول دون النهر كذا فى المغرب فعلى هذا يكون الماذيان والساقية من الالفاظ المترادفة وفرق صاحب الغريبين بينهما فقال وفى حديث رافع بن خديج كنا نكرى الارض بما على الماذيان وفى رواية أخرى بما على السواقى أى بما ينبت على الانهار الكبار والعجم يسمونها الماذيان وليست بعربية ولكنها سوادية والسواقى دون الماذيانات الى هنا لفظ الغريبين وقال الخطابى فى شرح السنن والماذيانات الانهار معربة وقال أحمد بن المظفر الرازى فى فوائده لمختصر القدورى الماذيانات معربة وهى الانهار العظام سميت بذلك لانها يتولد منها الانهار الصغار والسواقى الانهار الصغار لانها كالسقايات والربيع النهر الصغير اهـ غاية (قوله وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد) قال الاتقانى وفى الفصل الرابع لا يجوز لانه يصير صاحب البذر وهو العامل مستأجرا للارض والبقر ببعض الخارج فيكون البعض بمقابلة البقر مقصودا ولم يرد به الشرع فبقى على أصل القياس وروى عن أبى يوسف فى الامالى أنها جائزة وجعل منفعة البقر تبعا لمنفعة الارض كما جعلت تبعا لمنفعة العامل فان البقر تبع للارض فى العقد ألا ترى أنه يصح وقف البقر مع الارض ولا يصح مقصودا اهـ قوله وفى الفصل الرابع أى وهو أن يكون البقر والارض من واحد والعمل والبذر من آخر اهـ منفعة (قوله والعمل والبذر لآخر) قال الكرخى فى مختصره ولو كان البذر من قبل العامل وشرط البقر على رب الارض فان المزارعة فاسدة عند محمد لانه آجر البقر ببعض ما تخرج الارض ولا يجوز عنده أن يؤاجر غير الارض ببعض ما يخرج وقال محمد وهذا قياس قول أبى يوسف أيضا

(قوله لان منفعتها الانبات) أى بخلق الله اياها كذلك على هذه الطبيعة اهـ (قوله ومنفعة البقر الشق) أى وهو اقامة عمل الزراعة بخلق الله تعالى أيضا اهـ (قوله والباقى لآخر) فهذه المزارعة فاسدة لانه يصير مستأجرا للارض والبقر والعامل جميعا بالبذر ولم يرد الشرع به اهـ غاية (قوله وعن أبى يوسف أنه يجوز) أى لانه استئجار العامل والارض ببعض الخارج وكل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع اهـ اتقانى (قوله وهو العمل والارض) فالمزارعة فاسدة لان الشرع لم يرد به اهـ غاية (قوله والباقى من آخر) قال الاتقانى وكذلك ان كان البقر وحده من أحدهما والباقى من الآخر فالمزارعة فاسدة فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه يجوز ذلك كذا فى تجريد المحيط اهـ ﴿فرع﴾ قال الشيخ ملا مسكين رحمه الله واعلم أن المزارعة على أربعة أوجه وهذا لان ما يقوم به المزارعة أربعة وهى الارض والبذر والعمل والبقر وبالتقسيم العقلى على سبعة أوجه لانه إما أن يكون الواحد من أحدهما والثلاثة من الآخر وهذا على أربعة أوجه وهو أن يكون الارض أو العمل أو البذر أو البقر من أحدهما والباقى من الآخر الاولان جائزان والثالث غير جائز والرابع غير مذكور فى الكتاب وهو غير جائز أيضا وإما أن يكون اثنان من أحدهما واثنان من الآخر وهو على ثلاثة أضرب وذلك أن تكون الارض مع البذر أو مع البقر أو مع العمل من أحدهما والباقيان من الآخر والاول جائز دون الآخرين اهـ (قوله والمراد بالخراج هنا هو الموظف) أى لان جواز المزارعة على خلاف القياس بالاثر وذلك ورد فيما اذا كان الخارج مشتركا وما سواه بقى على أصل القياس والاصل فى هذا الباب أنه متى شرط شرطا يوهم قطع الشركة عن الخارج يفسد به العقد لان العقد انما انعقد ليصير شركة فى الانتهاء ومتى انقطع احتمال الشركة بقى اجارة محضة بأجر معدوم وانه لا يصح اهـ غاية (قوله وكذا) أى تفسد المزارعة اهـ (قوله وللآخر الحب) أى لا يجوز لان هذا يؤدى الى قطع الشركة اهـ غاية ﴿فرع﴾ اذا شرطا أن يكون الحب والتبن بينهما نصفين جازت المزارعة ويكون التبن والحب بينهما كما شرط وكذا اذا شرطا أن يكون الخارج بينهما أو الزرع أو الريع بينهما جاز ويكون الحب والتبن بينهما لان اسم الخارج يتناولهما اهـ غاية (قوله ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا لذكر التبن الخ) فى ظاهر الرواية يجوز ويكون التبن لصاحب البذر وعن أبى يوسف أنه لا يجوز وهكذا ذكر الطحاوى عن محمد لان التبن مقصود كما أن الحب مقصود وجه ظاهر الرواية أن استحقاق من لا بذر له بحكم الشرط ولم يوجد فبقى التبن لصاحب البذر فيصير كأنهما شرطا أن يكون الحب بينهما والتبن لصاحب البذر وذلك جائز لما ذكرنا اهـ غاية وكتب ما نصه ولو شرطا التبن بينهما وسكتا عن الحب لا يجوز لان المقصود هو الحب فالسكوت عن المقصود يكون بمنزلة السكوت عنهما وذلك لا يجوز اهـ اتقانى

منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعتها الانبات ومنفعة البقر الشق وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطا مفسدا بخلاف ما اذا كان البقر مع العامل حيث يجوز لان البقر أمكن جعله تبعا لاتحاد منفعتهما لان منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كابرة الخياط وعن أبى يوسف أنه يجوز للتعامل والقياس يترك به والظاهر الاول وأما الثانى وهو ما اذا كان البذر لواحد والباقى لآخر وهو العمل والبقر والارض فلأن العامل أجير فلا يمكن أن تجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما فصار نظير البقر والارض من واحد والباقى من الآخر وهى المسئلة الأولى وعن أبى يوسف أنه يجوز للتعامل وأما الثالث وهو ما اذا كان البذر والبقر لواحد والباقى لآخر وهو العمل والارض فلما ذكرنا أن الارض لا يمكن جعلها تبعا للعمل لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة وهنا وجه آخر لم يذكره فى الكتاب وهو أن يكون البقر من واحد والباقى من آخر قالوا هو فاسد وينبغى أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الارض وحدها فانه يجوز أن يستأجر البقر كما يجوز أن يستأجر العامل أو الارض والجواب عنه أن القياس أن لا تجوز المزارعة لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز وانما تركنا ذلك بالاثر والاثر ورد فى استئجار العامل أو الارض فبقى ما وراءه على الاصل اذ استئجار شىء بأجرة غير مشار اليه ولا فى الذمة لا يجوز وقد ورد ذلك فى استئجار الارض أو العامل فى المزارعة فيقتصر عليه وأما اذا شرطا لاحدهما قفزانا مسماة أو ما على الماذيانات والسواقى أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن يرفع الخراج فلما بينا أنه يؤدى الى قطع الشركة فى البعض المسمى أو فى الكل وشرط صحتها أن يكون الخارج كله مشتركا بينهما والمراد بالخراج هنا هو الموظف بان كان الموضوع على الارض دراهم مسماة أو قفزانا مسماة أو منهما وأما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها نصف الخارج أو ثلثه أو نحو ذلك من الجزء الشائع فلا يفسد اشتراط رفعه لانه لا يؤدى الى قطع الشركة وقد ذكرناه من قبل وهو الحيلة لرفع قدر بذره على ما بينا وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه يحتمل أن تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا لذكر التبن صحت لاشتراكهما فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفى حقه لا يحتاج الى الشرط كنصيب رب المال

(قوله ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب البذر صحت) وعن أبي يوسف انه لا يجوز أصلا لان هذا شرط يؤدّي الى قطع الشركة لاحتمال أن لا تخرج الحب ووجه ظاهر الرواية أن النص ورد بجواز المعاملة وانه شركة في الفرع وهو الثمر دون الاصل وهو الغراس فأمكن القول بجواز مثلها من المزارعة اه غاية قوله وهو الغراس الاصل هو التبن والغراس والفرع هو الحب والثمر لانه متولد منهما اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وان شرطا الحب بينهما والتبن لاحدهما بعينه فان شرطاه لصاحب البذر جاز ولو شرطاه للآخر فسد اه (قوله ولو شرطا التبن للعامل) يعني فيما اذا شرطا أن الحب بينهما نصفان اه غاية (قوله حيث يستحق أجر المثل) الظاهر بعد قوله حيث يستحق أجر المثل لان أجر المثل الخ (قوله فلا يفسخ من غير عذر) أي عذر تفسخ به الاجارة اه قال الاتقاني الا أن يكون هنالك عذر مما تفسخ به الاجارة فيكون له فسخ الاجارة كذا في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله فيفتى) هذا اذا امتنع رب الارض أما لو مات رب الارض فلا شئ للعامل بمقابلة كرابه كما سيأتي قريبا اه (قوله في المتن وتبطل بموت أحدهما) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دفع الارض اليه سنين ثم مات رب الارض في أول سنة منها بعد ما نبت الزرع لم يكن للورثة أخذ الارض استحسانا حتى يستحصد الزرع والقياس أن يثبت لهم حق الاخذ لانه ينفسخ العقد بموت العاقد الا انا أبقيناه استحسانا لاجل العذر وعقد الاجارة يجوّز للعذر فلأن يبقى للعذر كان أولى ولهذا قلنا انه لو استأجر سفينة فلما توسطت لجة البحر انتهت مدة الاجارة قدرنا عقد اجارة مبتدأ بأجر المثل لمكان العذر فاذا قدرنا عقدا مبتدأ لاجل العذر فلأن يبقى المزارع والورثة على الشرط أولى وانفسخ العقد في السنين الباقية (قوله فادح) الفادح الثقيل يقال لصاحب فدحه الامر أثقله اه كاكي والقادح بالقاف اه مغرب (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض الخ) قال في شرح الكافي والاعذار ثلاثة المرض الذي يقعد العامل عن العمل وخيانة العامل والدين الذي لا وفاء به عنده سوى بيع الارض لانه يتعذر حصول الغرض مع هذه الاعذار غالبا فلم يكن في ابقاء العقد فائدة فكان له حق النقض اه اتقاني (قوله ولا كذلك لو زرع الارض ولم تنبت الخ) قال الاتقاني فاما اذا ألقى البذر في الارض ولم تنبت بعد كان له أن يبيع الارض لانه بعد لم يتعلق بها حق المزارع ويضمن له بذره على قول أبي يوسف وقال

في المضاربة وقال مشايخ بلخ التبن أيضا بينهما اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب فيعطى له حكمه ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب البذر صحت لانه شرط لا يخالف موجب العقد لانه باق على حكم ملكه ولو شرطا التبن للعامل فسدت لانه شرط يخالف مقتضى العقد فربما يؤدّي الى قطع الشركة بان تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن قال رحمه الله (وان صحت فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام قال رحمه الله (وان لم يخرج شئ فلا شئ للعامل) لانها إما اجارة أو شركة فان كانت اجارة فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم تخرج الارض شيأ حيث يستحق أجر المثل في الذمة وعدم الخروج لا يمنع من وجوبه في الذمة قال رحمه الله (ومن أبى عن المضى أجبر الا رب البذر) لانها انعقدت اجارة والاجارة عقد لازم غير أنها تفسخ بالاعذار فان امتنع صاحب البذر عن المضى فيها كان معذورا لانه لا يمكنه المضى الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدرى هل يخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجر أجيرا ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل أجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر فلا يفسخ من غير عذر ثم اذا امتنع رب البذر والارض من قبله بعد ما كرب المزارع الارض فلا شئ له في عمل الكراب في القضاء لان عمله انما يتقوّم بالعقد وقد قوّمه بجزء من الخارج ولا خارج ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعطيه أجر مثل عمله كيلا يكون مغرورا من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيفتى بارضائه بان يوفيه أجر مثله قال رحمه الله (وتبطل بموت أحدهما) لانها اجارة وهي تبطل بموت أحد المتعاقدين اذا عقداها لانفسهما وقد بيناه في الاجارة وهذا على اطلاقه هو جواب القياس وفي الاستحسان اذا مات أحدهما وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم يبطل في الباقي لان في ابقاء العقد حتى يستحصد مراعاة الحقين فيعمل العامل أو ورثته على حاله فاذا حصد يقسم على ما شرطا ولا ضرورة في الباقي فتبطل ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس في ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شئ للعامل بمقابلة العمل لانه يتقوّم بالخارج ولا خارج فلا يجب شئ بخلاف المسئلة الاولى حيث يفتى بارضائه لانه كان مغرورا من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لان الموت يأتي بدون اختياره واذا كان على رب الارض دين فادح ولم يقدر على قضائه الا ببيع الارض فسخت المزارعة قبل الزراعة وبيعت بالدين لانها تفسخ بالاعذار على ما بينا وهذا عذر وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع لا تتقوّم الا بالعقد وتقوّمها وقع بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو مماطلا فلم يكن ظالما والحبس جزاء الظلم بالمماطلة ولا كذلك لو زرع الارض ولم تنبت بعد في رواية لانه ليس

لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا لو امتنع صاحب البذر عن المزارعة كان عذرا لانه امتناع عن الاستهلاك فصار المزروع مستهلكا والمستهلك ليس بمال فاذا لم تكن له عين فيها تباع في الحال في الدين كما تباع قبل الزراعة في الحال وقيل لا تباع حتى يستحصد كما لا تباع بعد النبات حتى يستحصد لان التبذير ليس باستهلاك وانما هو استنماء ألا ترى أن الاب والوصي يملكان زراعة مال الصغير ولو كان استهلاكا لما ملكاه فكان البذر فيها عين مال فلا تباع كما لا تباع بعد النبات قال رحمه الله (فان مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى المزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك) أي يجب على العامل أجر مثل أرض الآخر الى أن يستحصد الزرع لان العقد قد انتهى بمضي المدة الا أن في قلعه ضررا فبقيناه بأجر المثل الى أن يستحصد فيجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفى منفعة الارض بقدره بخلاف ما اذا مات أحدهما قبل ادراك الزرع حيث يترك الى أن يستحصد ولا يجب على المزارع شيء لانا بقينا عقد الاجارة هنالك استحسانا لبقاء مدة الاجارة فأمكن استمرار العامل أو وارثه على ما كان من العمل أما هنا فلا يمكن لانقضاء المدة فتعين ايجاب أجر المثل بالابقاء وكان العمل ونفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكرى الانهار عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستأجر في المدة فاذا مضت المدة انتهى العقد فيجب عليهما مؤنته على قدر ملكهما لانه مال مشترك بينهما بخلاف ما اذا مات أحدهما قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل لبقاء العقد على ما بينا وان أنفق أحدهما على الزرع بغير أمر القاضي وبغير أمر صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولا هو مضطر الى ذلك لانه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع فارجع عليه بما أنفقت دفعا للضرر عنه ولو مات المزارع قبل ادراك الزرع فلورثته أن يعملوا مكانه نظرا لهم ولا أجر لهم لانا بقينا العقد نظرا لهم فقاموا مقامه وهو لا يستحق الاجر في المدة فكذا هم وان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لانا بقينا العقد نظرا لهم واذا تركوا النظر لانفسهم كان لهم ذلك وكان للآخر الخيارات الثلاثة نظرا له على ما بينا قال رحمه الله (ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية) أي يجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة كما يجب عليهما أجرة الحصاد والرفاع والدياسة مطلقا من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما ذكرنا وأما وجوب الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية عليهما مطلقا فلأن عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فيتناهى وجوب العمل عليه بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى بعد ذلك مالا مشتركا بينهما فتجب مؤنته عليهما قال رحمه الله (فان شرطاه على العامل فسدت) أي شرطا العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد والرفاع والتذرية والدياس لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد وانما قلنا ذلك لان العقد يقتضي عمل المزارعة وهذه الاشياء ليست من أعمال المزارعة فكانت أجنبية فيكون شرطها مفسدا كشرط الحمل والطحن على العامل وعن أبي يوسف أن المزارعة مع شرط الحصاد والدياس والتذرية جائزة ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون على هذا ويقولون يجوز شرط التنقية والحمل الى منزله على العامل لان المزارعة على هذا الشرط متعامل بين الناس ويجوز ترك القياس بالتعامل ألا ترى أن الاستصناع يجوز للتعامل واختار شمس الائمة السرخسي رواية أبي يوسف وقال هو الاصح في ديارنا ولو شرطا الجداد على العامل أو الحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع لعدم التعامل ولو أرادا فصل القصيل أو جداد التمر بسرا أو التقاط الرطب كان ذلك كله عليهما لانهما أنهيا الما عزما

بجد تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة ويضمن مازاد البذر فيها الا ان يحتاج الى قطع حقه عنه للحال فتجب القيمة للحال اه (قوله وان أنفق أحدهما على الزرع) أي فيما اذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل اه اتقاني (قوله أو أعطه قيمة نصيبه) أي نابتا اه اتقاني وكتب ما نصه ويكون الزرع كله لك اه (قوله فارجع عليه بما أنفقت) اعلم أن في الرجوع في حصة المزارع اشكالا ذكره الشارح في المساقاة عند قوله وتبطل بالموت فارجع اليه اه (قوله في المتن ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما الخ) حاصل الكلام هنا على ثلاثة أوجه ذكرها الكرخي في مختصره ما كان قبل بلوغ الزرع ما يصلح به الزرع فهو على العامل وما كان بعد ما تناهى الزرع فهو عليهما وما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة دون صاحبه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان كل ما يحتاج اليه الزرع قبل بلوغ الزرع مما يصلح به فهو على العامل لان ذلك عمل المزارعة وهو معقود عليه من جهة المزارع فيختص به وكل ما يحتاج اليه بعد تناهي الزرع فهو عليهما على قدر حصصهما فكذلك النفقة وما يحتاج اليه بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه لان نصيب كل واحد منهما قد تميز فيكون مؤنته عليه خاصة اه اتقاني (قوله ولو أرادا فصل القصيل الخ) القصيل اسم لكل زرع بعد النبات قبل الادراك اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني وقد قالوا لو شرط في المزارعة عليهما جميعا فالمزارعة فاسدة لان البذر ان كان من قبل العامل فهو مستأجر

للارض فاذا شرط عمل صاحبه لم يسلم ما آجر وذلك يمنع صحة الاجارة واذا كان البذر من قبل رب الارض واشترط عمله فلم يخل بين المزارع والارض ومن شرط المزارعة التخلية وصار كالمضاربة اذا شرط فيها عمل رب المال انها تفسد فكذلك المزارعة كذا في شرح الاقطع اه

على التفصيل والجداد بسر افصار كالحصاد بعد الادراك والله تعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب المساقاة﴾

وهي مفاعلة من السقي لغة قال رحمه الله (هي معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما) يعني في العرف قال رحمه الله (وهي كالمزارعة) حتى لا تجوز عند أبي حنيفة كالمزارعة وعندهما تجوز وشروطها عندهما شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا الا في أربعة أشياء أحدها اذا امتنع أحدهما يجبر عليه لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر اذا امتنع والثاني اذا انقضت المدة يترك بلا أجر ويعمل بلا أجر على ما نبين وفي المزارعة بأجر على ما بينا والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع في بيان المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة يجوز استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم وقل ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف والانتهاء مبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه الى أول ثمرة تخرج منه وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها حتى تذهب أصولها ونبتها لانه لا يعرف متى ينقطع النخيل أو الرطبات لان الرطبة تنمو ما دامت متركبة في الارض فتكون المدة مجهولة فتفسد المساقاة وكذا اذا أطلق في الرطبة ولم يزد قوله حتى تذهب بخلاف ما اذا أطلق في النخيل حيث يجوز وينصرف الى أول ثمر يخرج منه والفرق أن ثمر النخيل لادراكه وقت معلوم فينصرف اليه ولا يعرف في الرطبة أول جزء منه لانه لا يعرف متى يجز حتى لو كان معروفا جاز لعدم الجهالة فصار كبذره وثمار النخل ولو أطلق في النخيل ولم يثمر في تلك السنة انقضت المعاملة فيها الانتهاء مدتها فان سميا فيها مدة يعلم أن الثمر لا يخرج في تلك المدة فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار وان ذكرا مدة يحتمل طلوع الثمر فيها جازت المزارعة لعدم التيقن بفوات المقصود ثم ان خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما لو علم ذلك من الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بآفة سماوية فلا يتبين أن العقد كان فاسدا فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال رحمه الله (وتصح في الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الا في النخل والكرم ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة لان القياس يأباهما كما قال أبو حنيفة رحمه الله في المزارعة وانما جوزناهما بالاثر وهو حديث خيبر وقد خصهما وله أصل في الشرع وهو المضاربة والمساقاة أشبه بها من المزارعة فان فيها الشركة في الزيادة دون الاصل وهو النخيل كما في المضاربة والشركة وفي المزارعة لا يتأتى ذلك لان

شرط

قال الاتقاني قال في شرح الطحاوي المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة ولاهل المدينة لغات يختصون بها فيقولون للمزارعة مخابرة وللاجارة بيعا وللمضاربة مقارضة وللصلاة سجدة ثم قال ولا ينبغي له أن يشترط العمل على صاحب الكرم فاذا اشترط فسدت المعاملة لان التخلية لم توجد ولو اشترط شيأ على المساقي مما تبقى منفعته وراء المدة فانه لا يجوز نحو القاء السرقين ونصب العرائش وتقليب أرض الغراس وغرس الاشجار وما أشبه ذلك فان المعاملة فاسدة وكذا لو اشترط قطف العنب على العامل فانه يفسد المعاملة فاذا فسدت فالخارج كله لصاحب الكرم ويجب عليه أجر المثل اه (قوله والرابع في بيان المدة الخ) قال الاتقاني في أول المزارعة وفيما اذا دفع الارض معاملة في القياس لا يجوز من غير بيان المدة وفي الاستحسان يجوز ويقع على أول ثمرة تخرج في تلك السنة فعلى جواز الاستحسان فرق محمد بين المزارعة والمعاملة فأوقع المعاملة على ثمرة واحدة وما أوقع المزارعة على زرع واحد في سنة واحدة اه (قوله وادراك البذر الخ) قال الاتقاني والبذر بالذال ما يبذر والبزر بالزاي بزر البقل وغيره كذا في الديوان وغيره وقد وقع سماعنا هذا في هذا الموضع بالذال اه (قوله حتى تذهب أصولها) أي فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهو فاسد اه غاية (قوله ونبتها) أي ينقطع نبتها اه (قوله فتفسد المساقاة) الا ان بينا المدة اه (قوله وكذا إذا أطلق في الرطبة) يعني لم يبين مدة اه (قوله ولم يزد قوله حتى تذهب) أي فان المساقاة فاسدة يعني اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة واذا كانت معلومة جازت كما سيجيء في كلام الشارح رحمه الله اه (قوله وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الخ) وفي القديم تجوز في كل شجرة لها ثمر اه اتقاني

شرط رفع البذر مفسدا اجماعا فجوزنا المعاملة مقصودا ولم نجوز المزارعة الا تبعا في ضمن المعاملة وكم من شيء يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع الارض ولنا ما روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة أخر وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الاشجار دون بعض ولا تكون المزارعة تبعا للمعاملة بالرأي وقد ورد فيه أحاديث كثيرة كلها مطلقة فوجب اجراؤها على اطلاقها ويحكى نصا أن أهل خيبر كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ولان الاصل في النصوص أن تكون معلولة فجاز تعديتها الى ما لا نص فيه لا سيما عند الخصم فانه لا يحتاج الى اقامة الدليل على انه معلول قال رحمه الله (فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل صحت وان انتهت لا كالمزارعة) لان العامل لا يستحق الا بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي فلو جاز بعد الادراك لاستحق بلا عمل ولم يرد به الشرع ولا يجوز الحاقه بما قبل التناهي لان جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فبقي على الاصل وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وأدرك لم يجز لما ذكرنا وهو المراد بقوله كالمزارعة قال رحمه الله (واذا فسدت فللعامل أجر مثله) لانها في معنى الاجارة كالمزارعة اذا فسدت قال رحمه الله (وتبطل بالموت) لانها في معنى الاجارة كالمزارعة وقد بيناه فيها) فاذا مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانا كما في المزارعة لان في منعه إلحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعون عليه بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر به كما في المزارعة هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا لو اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وليس لرب الارض أن يمنعهم من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فاذا أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التي ذكرناها والاشكال الوارد في الرجوع بحصته وارد هنا أيضا وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي

(قوله ولان الاصل الخ) يعني لو كان الامر كما زعم الشافعي بان يكون الاثر خص النخل والكرم ولكن الاصل في النصوص التعليل وانما جوزت المعاملة في النخل والكرم بعلة الحاجة والعلة عامة في غيرهما فتجوز في الرطاب والباذنجان أيضا لوجود الحاجة فيهما اهـ غاية (قوله في المتن فان دفع نخلا فيه ثمرة الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا دفع الرجل الى رجل نخلا فيه طلع معاملة بالنصف فهو جائز وان لم يسميا شيئا فهو على المعاملة حتى يبلغ فاذا بلغ فهو بينهما نصفان وكذلك لو دفعه اليه وقد صار بسرا أخضر وكذا لو دفعه اليه وقد صار أحمر لانه لم يتناه عظمه فهي معاملة جائزة وهو بينهما نصفان فاذا دفعه وقد انتهى عظمه وليس يزيد على ذلك قليلا ولا كثيرا الا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة فان قام عليه وحفظه حتى صار تمرا فجميع التمر لصاحب النخل وللعامل أجر مثله فيما عمل وكذلك العنب وجميع الفاكهة في الاشجار يدفعها فهو كما وصفت لك من ثمر النخل قال أبو الحسن وكذلك الزرع ما لم يبلغ الاستحصاد لم يجز أن يدفعه الى من يقوم عليه ببعضه والجواب فيه مثل الاول الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله اهـ اتقاني ﴿فرع﴾ قال الاتقاني ما نصه قال في باب العذر في المعاملة من شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل نخلا معاملة فما أخرج الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان فقام عليه ولقحه حتى اذا صار أخضر مات صاحب الارض انقضت المعاملة وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين في القياس لان الاجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين على ما عرف لكنا نستحسن أن نقيم ورثة صاحب الارض مقامه ويبقى العقد لاجل الحاجة ثم قال فان قال العامل أنا آخذ نصف البسر فالورثة بالخيار ان شاؤا صرموا البسر واقتسموه وان شاؤا أعطوه نصف قيمة البسر وان شاؤا أنفقوا عليه حتى يبلغ ويرجعون بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر وقد مر الوجه فيه في المزارعة اهـ ما قاله الاتقاني في المساقاة (قوله ولو التزم العامل الضرر) أي وقال أنا آخذ نصف البسر اهـ (قوله وفي رجوعهم في حصته فقط) لم يقل بقدر حصته ليرد ما ذكر بل معناه انهم يرجعون بجميع ما غرموا في نصيب المزارع لان العمل عليه فعليه بدله والشارح اعتقد أن معناه يرجعون عليه بمقدار حصته مما غرموا أي يكون جميع ما غرموا عليهم وعليه فيرجعون بما عليه وليس كذلك اهـ قارئ الهداية نقلته من خطه رحمه الله تعالى (قوله اشكال) في هذا الاشكال نظر ظاهر اهـ وكتب ما نصه لا اشكال في قول صاحب الهداية وغيرها أصلا انما الاشكال فيما فهمه هذا الشارح رحمه الله من عبارتهم فانهم قالوا يرجعون عليه بذلك في حصته أي يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا ولم يقل أحد منهم يرجعون بحصته اهـ كذا نقلته من خط البرهان الطرابلسي رحمه الله تعالى اهـ (قوله وهذا خلافة في حق مالي)

وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا أن يكون وارثه فى الخيار فيورث بخلاف خيار الشرط فان أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار فى ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهو كالمزارعة إذا انقضت مدتها فللعامل أن يقوم عليها الى أن تنتهى الثمار كما كان ذلك للمزارع لكن هنا لا يجب على العامل أجر حصته الى أن يدرك لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع أجر مثل الارض الى أن يدرك الزرع لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفى المزارعة عليهما لانه لما وجب أجر المثل للارض بعد انتهاء المدة فى المزارعة لا يستحق العمل عليه كما يستحق قبل انتهائها قال رحمه الله (وتفسخ بالعذر كالمزارعة بان يكون العامل سارقا أو مريضا لا يقدر على العمل) لانها فى معنى الاجارة وقد بينا أنها تفسخ بالاعذار وكونه سارقا عذر ظاهر لانه بسرقة الثمر أو السعف يلحقه ضرر وهو مدفوع شرعا وكذا مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل لانه يلحقه ضرر بالزامه استئجار الاجراء ولو أراد العامل ترك العمل لا يمكن منه فى الصحيح وقيل يمكن وقالوا لا يمكن بالاتفاق وتأويل قول من قال انه يمكن أن لو شرط العمل عليه فيكون عذرا من جهة العامل ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا أو كرما أو نخلا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز لاشتراط الشركة فيما كان موجودا قبل الشركة لا بعمله وهى الارض أو لانه استأجر أجيرا ليجعل أرضه بستانا بآلات الاجير على أن تكون أجرته نصف البستان الذى يظهر بعمله أو لانه يكون فى معنى قفيز الطحان فيفسد كما إذا استأجر صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ نفسه على أن له نصف المصبوغ ولان صاحب الارض يكون مشتريا بالنصف الغراس من العامل بنصف الارض والغراس مجهول ومعدوم وقد شرط عليه العمل فى نصيبه فى المدة أيضا وكل ذلك يوجب الفساد ثم جميع الثمر والغرس لرب الارض وللعامل قيمة غرسه وأجر مثل عمله لان العقد فى الشجر لما كان فاسدا وقد غرسه العامل بامره فى أرضه صار كأن صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس باتصاله بارضه مستهلكا له بالعلوق فيها فيجب عليه قيمة أشجاره وأجر مثل عمله لانه ابتغى لعمله أجرا وهو نصف الارض أو نصف الخارج ولم يحصل له منه شئ فيجب عليه أجر مثله والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الذبائح﴾

قال رحمه الله (هى جمع ذبيحة وهى اسم لما يذبح) أى الذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشئ المذبوح قال رحمه الله (والذبح قطع الاوداج) لقوله عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت والمراد الحلقوم والمرئ والودجان وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا وبه يحل المذبوح وهو شرط لقول الله تعالى الا ما ذكيتم ولان المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع التمييز بينه وبين اللحم فيطهر به وان كان غير مأكول ولفظة الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها أى طهارتها وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها وهى اختيارية واضطرارية فالاولى الجرح ما بين اللبة واللحيين والثانية الجرح فى أى موضع كان من البدن وهذا كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عنه وهو آية البدلية وانما كان كذلك لان الاول أبلغ فى اخراج الدم من الثانى فلا يترك الا بالعجز عنه ويكتفى بالثانى للضرورة لان التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة سماوية ثابتة حقيقة أو دعوى كالمسلم والكتابى

أى الخيار الثابت لورثة العامل وانما قاله جوابا لسؤال مقدر بأن يقال خيار الشرط لا يورث عندكم لانه عرض لا يقبل النقل فكيف يثبت هذا الخيار لهم فقال ليس هذا من باب توريث الخيار بل هذا خلافة فى حق مالى وهو ترك الثمار على الاشجار الى أن تدرك فجاز اه اتقانى (قوله فى المتن وتفسخ بالعذر) (٣٨٦) ثم هل ينفرد صاحب العذر بالفسخ أم يحتاج الى قضاء القاضى فيه روايتان ذكرناهما فى المزارعة وقد مر بيانهما مستقصى فى كتاب الاجارة فى باب فسخ الاجارة أيضا اه غاية

﴿كتاب الذبائح﴾

المناسبة بين الكتابين أن المزارعة اتلاف موجود فى الحال وهو تبذير البذر لتحصيل النفع فى المآل من الخارج فكذا الذبح اتلاف الموجود فى الحال لينتفع باللحم فى المآل الا أن الاول سبب لحصول أقوات الاناسى والبهائم وهذا سبب لحصول غذاء بعض الحيوانات وكذا المساقاة لتحصيل الثمرات كما أن الذبائح لتحصيل اللحم اه مسكين (قوله أفر الاوداج) بالفاء من أفريت اذا قطعت اه عينى (قوله ومنه قوله صلى الله عليه وسلم) قال الاتقانى وفيه نظر لانه من كلام محمد بن على وهو محمد ابن الحنفية لا من كلام النبى صلى الله عليه وسلم وبه صرح فى الفائق وفسره بقوله أى اذا يبست من رطوبة النجاسة فذلك تطهيرها كما أن الذكاة تطهر الذبيحة وتحليها ثم قال وقيل الذكاة الحياة من ذكت النار اذا حييت واشتعلت فكأن الارض اذا نجست ماتت واذا طهرت حييت الى هنا لفظ الفائق اه اتقانى (قوله اللبة واللحيين) اللبة رأس الصدر واللحيان الذقن اه اتقانى (قوله ومن شرطه أنه يكون الخ) وأما شرط وقوع الذكاة فأربعة أشياء آلة جارحة بالاجماع لحديث ابراهيم النخعى قال اذا خزق المعراض فكل وان لم يخزق فلا تأكل والثانى أن يكون

ويشترط في حق الصيد أن يكون حلالا وأن يكون في غير الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وحل ذبيحة مسلم وكتابي) لما تلونا فانه عام فيدخل فيه المسلم والكافر الا ما خرج منهم بدليل وهو المشرك والمحرم في حق الصيد والمرتد ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من أى كافر كان ولا يشترط فيه أن يكون من أهل الكتاب ولا فرق في الكتابي بين أن يكون ذميا أو حربيا ويشترط أن لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابي المسيح أو عزيرا لا يحل لقوله تعالى وما أهل به لغير الله وهو كالمسلم في ذلك فانه لو أهل به لغير الله لا يحل قال رحمه الله (وصبي وامرأة وأخرس وأقلف) والمراد بالصبي هو الذي يعقل التسمية ويضبط وان لم يعقل ولم يضبط لا تحل ذبيحته لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بالمعرفة والضبط وهو أن يعلم شرائط الذبح من فرى الاوداج والتسمية والمعتوه كالصبي اذا كان ضابطا وهو الشرط والقلفة والانوثة لا تخل به فيحل والاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسي بل أولى لانه ألزم قال رحمه الله (لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك اسم الله عمدا) أى لا تحل ذبيحة هؤلاء أما المجوسي فلقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه ليس له دين سماوي فانعدم التوحيد اعتقادا ودعوى والوثني كالمجوسي فيما ذكرنا لانه مشرك مثله وأما المرتد فلانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه ولهذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودي اذا تنصر أو بالعكس أو تنصر المجوسي أو تهود لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح فحسب لا ما قبله حتى لو تمجس اليهودي لا تحل ذكاته لما تلونا والمتولد بين الكتابي والمشرك يعتبر الكتابي لان المشرك شر فيعتبر الاخف وأما المحرم فالمراد به في حق الصيد لان ذبيحته في غير الصيد تؤكل لان فعله فيه مشروع بخلاف الصيد لان فعله فيه غير مشروع فلا يحل أكله وكذا الحلال في حق الصيد في الحرم لانه منهي عنه فلا يكون مشروعا وكذا الكتابي لو ذبح صيدا في الحرم لا يحل وأما تارك اسم الله عمدا فلقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ولقوله صلى الله عليه وسلم لعدي اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل الحديث وقال الشافعي اذا ترك الذابح التسمية عمدا تؤكل ذبيحته والمسلم والكتابي فيه سواء وكذا اذا ترك التسمية عند الرمي وارسال الجارح تؤكل عنده لقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ولحديث عائشة أنها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم ان الاعراب يأتوننا بلحم فلا ندري أسموا عليها أو لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام سموا أنتم وكلوا ولو كانت شرطا لما أمرها بالاكل مع الشك ولان التسمية لو كانت شرطا لما سقطت بالنسيان كالطهارة في الصلاة ولو كانت شرطا لاقامت الملة مقامها كما في الناسي ولنا ما تلونا وما روينا وعلى حرمة متروك التسمية عمدا انعقد الاجماع فيمن كان قبل الشافعي وهذا القول منه مخترق له وانما كان الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنه أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس أنه يحل ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى

الذابح ممن له ملة التوحيد وهو حلال في الحل إما دعوى واعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي فانه يدعي أنه صاحب ملة التوحيد بخلاف المجوسي فانه ليس له ملة التوحيد لا دعوى ولا اعتقادا لانه يقول بصانعين أحدهما خالق الخير وثانيهما خالق الشر فلا تحل ذبيحته والمحرم لا تحل ذبيحته وكذا الحلال اذا كان في الحرم لا يحل ذبحه للصيد والثالث أن يكون المحل من المحللات اما من كل وجه كمأكول اللحم أو من وجه عندنا بأن كان مما يباح الانتفاع بجلده ان كان مما لا يحل أكله والرابع التسمية (٢٨٧) وهي شرط عندنا خلافا للشافعي قال في الاجناس يشترط في حصول الذكاة أربع شرائط أحدها صفة في الفاعل بأن يكون معتقدا الكتاب منزل في دين يقر عليه والثاني صفة في الفعل وهو وجود ذكر اسم الله تعالى عليه في حق المذكي والثالث صفة الآلة بأن يكون ما يقطع له حدة والرابع صفة الموقع فيه وهو قطع الاوداج والاوداج أربعة الحلقوم والمريء والودجان الى هنا لفظ الاجناس وحكم الذكاة حل أكل المذبوح فيما يؤكل وطهارة جلده ان كان مما لا يؤكل لحمه الا الآدمي والخنزير فانه لا تلحقهما الذكاة وهذا لان حكم الذكاة ما يثبت به والذي ثبت بالذكاة هذا اهـ اتقاني (قوله في المتن وصبي وامرأة وأخرس وأقلف) بشرط أن يعلموا أن حل الذبيحة معلق بالتسمية وشرائط الذبح ويقدروا على فرى الاوداج ويحسنوا القيام به لان التسمية شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا قاله الكرخي وقال في الكافي ويحل اذا كان يعقل التسمية أى يعلم أن حل الذبيحة يتعلق بها والذبحة أى شرائط الذبح من فرى الاوداج ونحوه ويضبط أى يقدر على فرى الاوداج ويحسن القيام به وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أو أخرس أو أقلف أما اذا كان لا يعقل التسمية والذبحة ولا يضبط لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط لما يأتي بعد وذا بالقصد وصحة القصد بما ذكرناه (قوله وأما المحرم الخ) وفي كفاية البيهقي أن ما ذبحه المحرم في الحل أو الحرم لا يؤكل وكذا ما ذبحه الحلال في الحرم لا يؤكل وفي الملتقطات الحلال اذا ذبح صيدا في الحرم لا يؤكل اهـ (قوله فالمراد به في حق الصيد) أى سواء كان في الحل أو في الحرم اهـ (قوله لعدي) أى ابن حاتم الطائي اهـ

لوقضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع وما رووا مخالف للدليل القطعي من الكتاب والسنة واجماع الامة فكان مردودا أو نقول الحديث الاول محمول على حالة النسيان والثاني دليل لنا لانهم سألت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية وذلك دليل على انهم لا يأكلونه الا اذا سمى عليه وهي شرط فيه وانما أمرها بالاكل بناء على الظاهر أنه لا يترك ظاهرا كمن اشترى شيأ جاز له الانتفاع به بناء على الظاهر انه ملكه قال رحمه الله (وحل لو ناسيا) أي حل المذكى ان ترك التسمية ناسيا وقال مالك لا يحل لما بينا من الادلة اذ لا فصل فيها قلنا النسيان مرفوع حكمه بقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولان في اعتباره حرجا بينا والحرج مدفوع بالنص وانما قلنا ذلك لان الانسان كثير النسيان فيعذر في الاشياء التي لا مذكر لها من جهة حاله كالاكل في الصوم وترك الترتيب في قضاء الفوائت من الصلوات بخلاف الاكل وغيره في الصلاة والجماع في الحج حيث لا يختلف فيه بين الناسي والعامد لانه حالة مذكرة والنص غير مجرى على اطلاقه اذ لو أريد به مطلقا لجرت المحاجة بين السلف وظهر الانقياد وارتفع الخلاف بينهم واقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور ولا يدل على الاقامة في حق العامد ولا عذر له والناسي ليس بمخصوص حتى يقاس عليه غيره ويخص بالقياس لانه ذاكر ومسم تقديرا لقيام الملة مقامها ولا يقال ان الآية مجملة لانه لا يدرى هل أريد بها حال الذبح أو الطبخ أو حالة الاكل لانا نقول أجمع السلف على أن المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فتم الاحتجاج بها ألا ترى أن ذبيحة المجوسي لا تؤكل وذبيحة الكتابي تؤكل وليس بينهما فرق يعقل الا أن الكتابي يسمي عند الذبح دون المجوسي ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط أن تكون عند الذبح قاصدا التسمية على الذبيحة ولو سمى ولم تحضره النية صح لانه أتى بالتسمية وظاهر حاله يدل على أنه قصد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها ولو سمى وأراد به التسمية لابتداء الفعل كسائر الافعال لا يحل كمن قال الله أكبر وأراد به متابعة المؤذن لا يصير شارعا في الصلاة وتشترط التسمية حالة الذبح لقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهي حالة النحر ويدل عليه قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها والمعتبر أن يذبح عقيب التسمية قبل أن يتبدل المجلس حتى اذا سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل أو شرب ماء أو أكل لقمة أو تحديد شفرة ثم ذبح تحل وان كان كثيرا لا تحل لان ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شئ لا يمكن الا بحرج عظيم فأقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطع وهي على الذبيحة وفي الصيد يشترط عند ارسال الجارح أو الرمي وهي على الآلة لان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى لو أضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح غيرها بالسكين الذي كان معه ولم يسم عليها لا يحل ولو رمى الى صيد وسمى فأصاب صيدا آخر حل وكذا اذا أرسل كلبه الى صيد فترك الكلب ذلك الصيد فأخذ غيره حل لتعلق التسمية بالآلة ولو أضجع شاة وسمى وطرح السكين وأخذ سكينا آخر فذبح بها ولم يسم حلت لتعلقه بالمذبوح ولو سمى على سهم فتركه وأخذ غيره فرمى به لم يؤكل لما ذكرنا ولو سمى فذبح شاتين على التعاقب حلت الأولى دون الثانية ولو أضجع احداهما فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بسكين واحدة وتسمية واحدة حل أكلهما قال رحمه الله (وكره أن يذكر مع اسم الله غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وان قال قبل التسمية والاضجاع جاز) وهذا النوع على ثلاثة أوجه أحدها أن يذكره موصولا من غير عطف فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل أن يقول باسم الله محمد رسول الله بالرفع لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ

(قوله والنص) أي وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ليس المراد منه العموم ظاهرا ولهذا اختلفت الصحابة في متروك التسمية ناسيا ولم يحتج من قال بحرمته بالآية فلو جرت المحاجة بها لارتفع الخلاف بينهم فيه وظهر انقياد من قال بحل متروك التسمية ناسيا ورجع عن قوله وحيث لم تجر المحاجة ولم يرتفع الخلاف علم أن الآية متروكة الظاهر وليس المراد منه النسيان بل المراد منه العمد اه اتقاني (قوله واقامة الملة الخ) جواب عن قول الشافعي حيث يقول أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي فينبغي أن تقام الملة مقامها أيضا في حق العامد فقال الناسي معذور لان النسيان من قبل من له الحق فأقام الملة مقام التسمية فجعله عفوا والعامد ليس بمعذور فلا يقاس على الناسي لانه ليس في معناه اه (قوله وهي) أي التسمية اه (قوله وهي على الآلة) قال في الهداية ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة قال الاتقاني أي التسمية في ذكاة الاختيار تقع على الذبح وفي الصيد تقع على الآلة وهي النشاب والكلب وفائدة هذا تظهر في مسائل ذكرها بعد هذا (قوله لا يحل) أي لان التسمية على الذبيحة على المذبح نفسه وليس على أخذ السكين اه (قوله لتعلقه بالمذبوح) أي وهو لم يتبدل اه (قوله لم يؤكل) أي لان التسمية على الآلة وقد تبدلت اه

لكن يكره لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل ذكره في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه أن لا يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لا يجري عليه ومن هذا النوع أن يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكن يكره لما ذكرنا والثاني أن يذكر موصولا على سبيل العطف والشركة نحو أن يقول باسم الله واسم فلان أو باسم الله وفلان او باسم الله ومحمد رسول الله بالجر فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله تعالى وقد قال تعالى وما أهل به لغير الله وقال عليه الصلاة والسلام موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلفوا في النصب ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة والثالث أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل أن يضجع الشاة أو قبل التسمية أو بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني أو من فلان وهذا لا يكره لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ وكان عليه الصلاة والسلام يقول اذا أراد أن يذبح اللهم هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين باسم الله والله أكبر ثم ذبح وهكذا روي عن علي كرم الله وجهه والشرط هو الذكر الخالص على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي وا كتفى به لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في الاصح لانه يريد الحمد على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزئه ذلك عن الخطبة لان المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا بقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وفي الذبيحة المأمور به هو الذكر على المذبوح بقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وما لم يذكر اسم الله عليه منهي عن أكله بقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن عباس مثله قاله ابن عباس في تفسير قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وذكر الحلواني المستحب أن يقول باسم الله الله أكبر بلا واو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية قال رحمه الله (والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام بعث مناديا ينادي في فجاج منى ألا إن الذكاة في الحلق الحديث رواه الدارقطني ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه

(قوله بل يحرم مطلقا بالعطف) هكذا هو في جميع ما وقفت عليه من النسخ وهو غير ظاهر لان الكلام فيما اذا لم يكن هناك عطف والظاهر أن يقال بل لا يحرم مطلقا بدون العطف فتنبه (قوله قال صلى الله عليه وسلم موطنان لا أذكر فيهما الخ) فاذا قال باسم الله ومحمد رسول الله صار الذبح ميتة اه اتقاني (قوله واختلفوا في النصب) وفي روضة الزندويستي النصب كالخفض لا يحل ولو قال باسم الله صلى الله على محمد يحل والاولى أن لا يفعل ولو قال باسم الله وصلى الله على محمد مع الواو يحل أكله ولو ذبح ولم يظهر الهاء في بسم الله ان قصد ذكر الله يحل وان لم يقصد وقصد ترك الهاء لا يحل كذا في خلاصة الفتاوى اه اتقاني (قوله جردوا التسمية) عند الذبح اه اتقاني (قوله أو سبحان الله) أو الله أكبر اه (قوله يريد به التسمية حل) قال الولوالجي ولو قال مقام التسمية الحمد لله أو سبحان الله يريد به التسمية أجزأه وان أراد التحميد ولم يرد التسمية لم يحل وكذلك لو قال والله أكبر لان هذه الالفاظ ليست بصريحة في باب التسمية انما الصريح باسم الله فكان هذه الالفاظ كناية والكناية انما تقوم مقام الصريح بالنية كما في باب الطلاق حتى اذا عطس فقال الحمد لله يريد التحميد على العطاس وذبح لم يحل لانه لم توجد النية اه وكتب ما نصه قال محمد في الاصل أرأيت رجلا ذبح فقال الحمد لله على ذبيحته ولم يزد على ذلك أو قال الله أكبر أو سبحان الله قال ان كان يريد بذلك التسمية فانه يؤكل قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وهذا لان هذه الالفاظ ليست بصريح في باب التسمية والصريح في باب التسمية اسم الله واذا لم تكن هذه الالفاظ صريحة في الباب كانت كناية والكناية انما تقوم مقام الصريح بالنية كما في كنايات الطلاق ان نوى الطلاق كان طلاقا والا فلا فكذا هنا وقال

الكرخي في مختصره وقال بشر عن أبي يوسف لو أن رجلا سمى على ذبيحته أو الرمية بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك من التسمية ثم قال فيه التهليل والتحميد والتكبير والتسبيح بمنزلة التسمية للجاهل بالسنة والعالم بها الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان المأمور به ذكر الله على وجه التعظيم وهذا موجود في جميع هذه الالفاظ وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد في تكبير الصلاة وأما على قول أبي يوسف فلا يجوز الدخول في الصلاة الا بالتكبير لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الاعرابي ثم تكبر وقال في الذكاة اذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل فظهر الفرق اه اتقاني (قوله لانه يقطع فور التسمية) قال الاتقاني رحمه الله عند قوله في الهداية وما تداولته الالسن عند الذبح ما نصه وقال صاحب الذخيرة قال البقالي والمستحب أن يقول باسم الله والله أكبر يعني بالواو ثم قال وذكر شمس الائمة الحلواني والمستحب أن يقول باسم الله الله أكبر بدون الواو لان الواو تقطع فور التسمية وفيه نظر اه وكتب ما نصه قال العيني رحمه الله قلت ان كان المنقول بالواو فلا يكره اه

(قوله عما يلى الصدر) يعنى أن الذبح وقع فوق العقدة اه (قوله ثم حكى) أى صاحب النهاية اه (قوله وهذا مشكل الخ) قال الجلال الخبازى رحمه الله عند قوله فى الهداية الذبح بين الحلق واللبة يعنى محله وفيه دليل على ان أعلى الحلق ووسطه وأسفله فى ذلك سواء كما هو رواية الجامع الصغير الا أن رواية الجامع تدل على أن الذبح فوق الحلق قبل العقدة لا يجوز لانه جعل الحلق محلا للذبح وانه ينتهى بالعقدة وهكذا روى فى الفتاوى ووضع الاصل يقتضى الحل لانه بين اللبة واللحيين وان كان فوق العقدة الا أن شمس الائمة السرخسى فسر رواية الاصل على نحو ما ذكر فى الجامع فكان المراد بما أطلق فى الاصل المقيد فى الجامع اه وهو يؤيد ما ذكره الشارح رحمه الله من عدم الجواز اه (قوله فلا يؤكل بالاجماع) قال الاتقانى رحمه الله بعد حكاية قول الرستغفنى و يجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس أو مما يلى الصدر وانما المعتبر عندنا قطع أكثر الاوداج ما نصه وهذا صحيح لانه لا اعتبار لكون العقدة من فوق أو من تحت ألا ترى الى قول محمد بن الحسن فى الجامع الصغير لا بأس بالذبح فى الحلق كله أسفل الحلق أو وسطه أو أعلاه فاذا ذبح فى الاعلى لا بد أن تبقى العقدة من تحت ولم يلتفت الى العقدة لا فى كلام الله ولا فى كلام رسوله بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث وقد حصلت لا سيما على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه فانه يكتفى بالثلاث من الاربع أى ثلاث كانت و يجوز ترك الحلقوم أصلا فبالطريق الاولى أن يحل الذبيح اذا قطع الحلقوم و بقيت العقدة الى أسفل الحلقوم و بلغنا أن واحدا ممن يتسمى فقيها فى زعم العوام وقد كان مشتهرا بينهم أمر برمى الذبيح الى الكلاب حيث بقيت العقدة الى الصدر لا الى ما يلى الرأس فياليت شعرى ممن أخذ هذا أمن كتاب الله ولا أثر له فيه أو من حديث رسول الله ولم يسمع له فيه نبأ أو من اجماع الامة ولم يقل به أحد من الصحابة والتابعين أو من امامه الذى هو أبو حنيفة ولم ينقل عنه ذلك أصلا بل المنقول عنه وعن أصحابه ما ذكرناه أو ارتكب الرجل هواه فضل وأضل قال تعالى ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله أو استحى عن الرجوع عن الباطل الى الحق وخجل من العوام كى لا يفسد اعتقادهم فيه اذا عمل بخلاف ما أفتى أولا فالرجوع الى الحق خير من التمادى فى الباطل اه ما قاله الاتقانى وهو صريح فى مخالفة ما ذهب اليه الشارح الزيلعى رحمه الله (قوله وذكر فى فتاوى سمرقند قصاب ذبح الخ) قال الشيخ مسكين وفى ذبائح الذخيرة فان الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه لا يحل اه (قوله وهو التوحية) هى بالحاء المهملة تفعلة من وحاه اذا عجل اه غاية (قوله فى المتن ولو بظفر الخ) قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يذبح الشاة بظفر منزوع أو بقرن أو عظم أو سن منزوعة فينهر الدم و يفرى الاوداج قال أكره هذا وان فعل فلا بأس بأكله الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اه غاية (قوله وهو قول أبى يوسف أولا) قال الكرخى فى مختصره والذكاة فى اللبة وما فوق ذلك الى اللحيين وقال محمد فى الجامع الصغير لا بأس بالذبح فى الحلق كله أسفل الحلق أو وسطه أو أعلاه فاذا كانت الذكاة فى هذه المواضع التى وصفناها مقدورا عليها وهى فرى الاوداج والاوداج أربعة الحلقوم والمرىء والعرقان اللذان بينهما

وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد أنه لو ذبح أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم لانه ذبح فى غير المذبح ذكره فى الواقعات وفى فتاوى سمرقند وذكر فى النهاية ما يخالف هذا عن الامام (١) الرستغفنى فانه قال سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلى الصدر وكان يجب أن تبقى مما يلى الرأس أتؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر و يجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس أو مما يلى الصدر لان المعتبر عندنا قطع أكثر الاوداج وقد وجد ثم حكى ان شيخه كان يفتى به وهذا مشكل فانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المرىء وأصحابنا رحمهم الله وان اشترطوا قطع الاكثر فلا بد من قطع أحدهما عند الكل واذا لم يبق شىء من عقدة الحلقوم مما يلى الرأس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالاجماع وفى الواقعات لو قطع الاعلى أو الاسفل ثم علم فقطع مرة أخرى الحلقوم قبل أن يموت بالاول ينظر فان كان قطع بتمامه لا يحل لان موته بالاول أسرع منه بالقطع الثانى والا حل وذكر فى فتاوى سمرقند قصاب ذبح الشاة فى ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها قال رحمه الله (والمذبح المرىء والحلقوم والودجان) لما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال أفر الاوداج بما شئت وهى عروق الحلق فى المذبح والمرىء مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس والمراد بالاوداج كلها وأطلق عليه تغليبا وانما قلنا ذلك لان المقصود يحصل بقطعهن وهو التوحية واخراج الدم لانه بقطع المرىء والحلقوم يحصل التوحية و بقطع الودجين يحصل انهار الدم ولو قطع الاوداج وهى العروق من غير قطع المرىء والحلقوم لا يموت فضلا عن التوحية فلا بد من قطعهما أو قطع أحدهما ليحصل التوحية ولا بد من قطع الودجين أو أحدهما ليحصل انهار الدم قال رحمه الله (وقطع الثلاث كاف ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم الا سنا وظفرا قائمين) وهذا الاكتفاء بالثلاث مطلقا قول أبى حنيفة رحمه الله وهو قول أبى يوسف أولا وعن أبى يوسف انه يشترط قطع الحلقوم

---

(١) قول الشارح الرستغفنى منسوب الى رستغفن بضم أوله وسكون ثانيه وتاء مثناة من فوق مفتوحة وغين معجمة ساكنة وفاء مفتوحة وآخره نون من قرى سمرقند كذا فى معجم ياقوت كتبه مصححه

الحلقوم والمرىء وأحد الودجين وعن محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد من هذه الاربعة وأجمعوا على انه يكتفى بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة لان الاكثر يقوم مقام الكل غير أن محمدا اعتبر أكثر كل واحد من هذه الاربعة وهو رواية عن أبي حنيفة لان كل واحد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر أكثر كل واحد منها وأبو يوسف رحمه الله يقول ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم فأما الحلقوم والمرىء فيخالفان للاوداج وكل واحد منهما يخالف الآخر فلا بد من قطعهما وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الاكثر يقوم مقام الكل وأى ثلاث منها قطع فقد قطع الاكثر وما هو المقصود منه يحصل به وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع المرىء والحلقوم ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى بالاكثر أيها كانت فلا حاجة الى اشتراط قطع المعين منها وقال الشافعي يكتفى بقطع الحلقوم والمرىء وقال مالك لا بد من قطع الاربعة والحجة عليهما ما روينا فان فيه ذكر الاوداج بلفظ الجمع والثلاثة جمع فلا معنى لاشتراط الكل ولا للاقتصار على ما دون الثلاث وقوله ولو بظفر وقرن وسن مذهبنا وقال الشافعي المذبوح بهذه الاشياء ميتة لا يحل أكلها لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانها مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أنهر الدم ويروى أفر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك اظهارا للجلد ولانها آلة جارحة فيحصل بها ما هو المقصود وهو اخراج الدم فصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع فانه يقتل بالثقل فيكون في معنى الموقوذة وانما يكره لان فيه زيادة الالم وقد نهينا عنه وأمرنا بضده وقوله وليطة ومروة وما أنهر الدم لما روى عن عدى ابن حاتم قال قلت يا رسول الله انا نصيب الصيد فلا نجد سكينا الا الظرار أو شقة العصا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت واذكر الله رواه البخارى ومسلم وغيرهما وأما الظفر القائم والسن القائم فلما روى عن رافع بن خديج أنه قال قلت يا رسول الله نلقى العدو غدا وليس معنا مدى فقال عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا أو ظفرا وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة رواه البخارى ومسلم وتأويله اذا كان قائما على ما بينا ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام أما الظفر فمدى الحبشة وهم كانوا يذبحون بالقائم منه قال رحمه الله (وندب حد الشفرة) لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم وأحمد وغيرهما ويكره أن

الحلقوم والمرىء فاذا فرى المذكى ذلك أجمع فقد أكمل الذكاة وأصاب الذكاة المأمور بها على تمامها وسنتها فان قصر عن ذلك ففرى من هذه الاربعة ثلاثة فان بشر بن الوليد روى عن أبي يوسف ان أبا حنيفة قال اذا قطع أكثر الاوداج أكل اذا قطع ثلاثة منها من أى جانب كان وعلى أى وجه كان وكذلك قال أبو يوسف ثم قال بعد ذلك لا أكل حتى تقطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين وذلك كله سواء في الابل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة قال وكذلك الناقة ينحرها الرجل فهي كذلك في القولين جميعا في قول أبي حنيفة اذا قطع أكثر الاوداج أكل وفي قول أبي يوسف حتى يقطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين الى هنا لفظ الكرخي في مختصره ولم يذكر قول محمد وذكر القدوري في مختصره قول محمد كقول أبي يوسف وقال الناطفي في الاجناس وأما محمد (٢٩١) فقد ذكر في املائه رواية أبي سليمان الجوزجاني قال محمد لو قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين ونصف الآخر لان الودجين كأنهما شئ واحد فقد قطع الاكثر منهما فأكل وقال محمد في نوادر ابن رستم لو قطع من الحلقوم أكثره ومن المرىء أكثره ومن كل واحد من الودجين أكثره أكل وأما أبو يوسف فقال أخيرا لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين الى هنا لفظ الاجناس والحاصل أن عند أبي حنيفة اذا قطع ثلاثا منها أى ثلاث كانت حل وعن أبي يوسف ثلاث روايات إحداها هذه والثانية اشترط قطع الحلقوم مع آخرين والثالثة اشترط قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين وعند محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد من هذه الاربعة كذا في المختلف اه اتقاني رحمه الله ﴿فرع غريب﴾ ذكر الاتقاني رحمه الله في كتاب الجنايات عند قوله في الهداية وشبه العمد الخ أن النار يقع بها الذكاة لو جعلت على موضع الذبح فقطعت الحلقوم والودجين حل الاكل ذكره القدوري في شرحه اه ما قاله الاتقاني في شرح الهداية وعلى الهامش حاشية منقولة من خطه نصها وهذه الرواية خلاف ما ذكر في أصول شمس الائمة وأصول فخر الاسلام ان الذكاة لا تقع بالنار ذكره في باب دلالة النص اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) أى حين سئل عن أمر الذبح (قوله كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج) أنهر الدم أى سيله وأفرى الاوداج أى قطعها اه غاية (قوله فانها مدى الحبشة) لانهم لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض اه غاية والمدى جمع مدية وهى السكين اه اتقاني (قوله وأما الظفر القائم والسن القائم) قال الولوالجي ولا يحل كل ذبح بسن أو ظفر غير منزوع لانه قاتل وليس بذابح اه (قوله وليحد أحدكم شفرته وليرح) أى ليعطها الراحة بالاسراع اه قال الاتقاني والشفرة السكين العظيمة اه

يضجعها ثم يحد الشفرة لما روى انه عليه الصلاة والسلام رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال له لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها قال رحمه الله (وكره النخع وقطع الرأس والذبح من القفا) والنخع هو أن يصل الى النخاع وهو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة وانما كره ذلك لنهيه عليه الصلاة والسلام عن نخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل أن يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ويكره أن يجرها برجلها الى المذبح وأن يسلخ قبل أن يبرد لما ذكرنا وتؤكل في جميع ذلك لان الكراهية لمعنى زائد وهي زيادة الالم فلا توجب الحرمة وكذا لو ذبحها متوجهة لغير القبلة يكره وتؤكل لان السنة في الذبح أن يستقبل بها القبلة هكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل في أضحيته القبلة لما أراد ذبحها وفي الذبح من القفا زيادة ألم فيكره وتحل اذا بقيت حية حتى تقطع العروق لتحقق الموت بما هو ذكاة وان ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة قال رحمه الله (وذبح صيد استأنس وجرح نعم توحش أو تردى في بئر) لان ذكاة الاضطرار لا يصار اليه الا عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر ولم يتحقق العجز فيما استأنس من الصيد وتحقق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى في بئر ووقع العجز عن ذكاته فجرحه فمات من الجرح وعلم ذلك يؤكل وان علم أنه لم يمت من الجرح لا يؤكل وان أشكل ذلك أكل لان الظاهر أن الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف فوتها صار ذكاتها الجرح وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى وعن محمد أن الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن

(قوله هو أن يصل الى النخاع) قال الاكمل والنخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيها فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق وأوتار وما ثمة شيء يسمى بالخيط أصلا اه قوله فسره المصنف أي صاحب الهداية اه (قوله ويكره أن يجرها برجلها الى المذبح) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا أراد الرجل أن يذبح الذبيحة كره له أن يجرها برجلها الى المذبح أو أن يضجعها ثم يحد الشفرة الى هنا لفظه وذلك لان الجر زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاة اه اتقاني (قوله وكذا لو ذبحها متوجهة لغير القبلة الخ) قال في الاصل أرأيت الرجل يذبح ويسمي ويوجه ذبيحته الى غير القبلة متعمدا أو غير متعمد قال لا بأس بأكلها قال خواهر زاده في شرح المبسوط أما الحل فلان الاباحة شرعا متعلقة بقطع الاوداج والتسمية وقد وجد وتوجيه القبلة سنة مؤكدة لانه توارثه الناس وترك السنة لا يوجب الحرمة ولكن يكره تركه من غير عذر اه اتقاني (قوله وفي الذبح من القفا زيادة ألم) قال الكرخي في مختصره وقال أبو حنيفة ان ضرب بعنق جزور بسيف فأبانها وسمى فان كان ضربها من قبل الحلقوم فانه يؤكل وقد أساء وان كان ضربها من قبل القفا فان كان قطع الحلقوم والاوداج قبل أن تموت أكل وقد أساء وكذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة وقال أبو حنيفة ان قطع رأس الشاة في الذبيحة أكل وان تعمد ذلك فقد أساء في التعمد وكذلك قال أبو يوسف الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانه اذا ضربها من قبل الحلقوم فقد قطع العروق المشروطة في الذكاة وزاد في ألمها زيادة لا يحتاج اليها في الذكاة فيكره ذلك ولا يمنع الاكل كما لو جرحها فأما اذا ضربها من ورائها فظهرها فان هي ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لانها ماتت قبل الذكاة وان قطع العروق قبل موتها فقد فعل الشرط الا أنه زاد في ألمها وذلك مكروه وقال الشيخ علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال الفقيه أبو بكر الاعمش وهذا انما يستقيم أن لو كانت تعيش قبل قطع العروق أكثر مما يعيش المذبوح حتى تحل بقطع العروق فيكون الموت مضافا اليه أما اذا كانت لا تعيش الا كما يعيش المذبوح فانه لا يحل لانه يحصل الموت مضافا نفسها الى الفعل السابق فلا يحل اه اتقاني (قوله وعن محمد الخ) قال الاتقاني ثم الابل والبقر اذا وجد منهما التوحش فانهما يحلان بذكاة الاضطرار سواء كانا في المصر أو خارج المصر فرقوا بين هذا وبين الشاة وقالوا في الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بذكاة الاضطرار وفي خارج المصر يحل ذلك لان الابل والبقر اذا ندت في المصر فقد لا يقدر على ذكاة الاختيار فيهما لان الابل تدفع عن نفسها بمشفرها ونابها والبقر بقرنه ويخاف القتل منهما فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما وان حصل التوحش منهما في المصر فأما في الشاة فانما يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار خارج المصر لانه لا يمكن أخذها فأما في المصر فيمكن أخذها ولا يخاف من جهتها القتل فلا يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وقال في العيون قال محمد في رجل رمى حمامة أهلية في الصحراء وسمى فلا تؤكل لانه يأوي الى المنزل الا أن تكون حمامة لا تهتدي الى منزلها ابن سماعة في البعير أو الثور يند فلا يقدر على أخذه قال ان علم أنه لا يقدر على أخذه الا أن يجتمع له جماعة كثيرة فله أن يرميه وأما الشاة فلا يجوز اذا كانت في المصر لان البعير يند ويصول ويمتنع والثور ينطح فيمتنع كذا في العيون وقال في الاصل أرأيت ان أصاب قرن البقر أو الظلف فقتلها هل تؤكل قال ان أدمى حل وان لم يدم لا يحل لانه متى أدمى علمنا أن الجرح وصل الى اللحم وشرط الاباحة حصول الجرح في اللحم وقد وجد وأما اذا لم يدم فالجراحة لم تصل الى اللحم فلا تحل وهذا لان الذكاة تصرف في الحيوان فتى خاص الجرح الى موضع فيه حياة حل والا فلا كذا في شرح خواهر زاده اه اتقاني (قوله ندت) أي نفرت اه غاية

نفسها فمكن أخذها وان ندت في الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وفي البقر والابل يتحقق العجز في الصحراء والمصر فتحل بالعقر والصيال كالند واذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكاته وسمى حل أكله وقال مالك لا يحل النعم الاهلي بذكاة الاضطرار لان العجز فيه عن ذكاة الاختيار نادر والنادر لا حكم له ولنا ماروى عن رافع بن خديج قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فند بعير من ابل القوم ولم يكن معهم خيل فرماه رجل منهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخاري ومسلم وجماعة أخر ولان المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل على أنا لا نسلم ندرته بل هو غالب وذكر في النهاية معزيا الى النوازل أن بقرة لو تعسرت عليها الولادة فأدخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على مذبحه يحل أيضا وان كان يقدر لا يحل قال رحمه الله (وسن نحر الابل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل) وانما كانت السنة في الابل النحر وفي البقر والغنم الذبح لموافقته السنة المتوارثة قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر جاء في التفسير أي انحر الجزور ولان النحر أيسر في الابل وفي البقر والغنم الذبح أيسر فكان في كل واحد منهما السنة ما هو الايسر فيه وان نحر الغنم والبقر وذبح الابل جاز لحصول المقصود وهو تسييل الدم وكره لتركه السنة المتوارثة وهو المراد بقوله وكره عكسه وحل وقال مالك لا يحل والحجة عليه ما بيناه والنحر قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق في أعلى العنق تحت اللحيين قال رحمه الله (ولم يتذك جنين بذكاة أمه) أي لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها وهذا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة أخر اذا تم خلقه حل أكله بذكاتها لقوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة أمه وروى انه عليه الصلاة والسلام قيل له يا رسول الله انا ننحر الناقة ونذبح البقرة أو الشاة في بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله فقال كلوا ان شئتم فان ذكاته ذكاة أمه واحتجوا أيضا بقوله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة والحمولة الكبار فقد من الله علينا باباحة أكلها لنا ولانه جزء من الام حقيقة لكونه متصلا بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا حكما حتى يدخل في الاحكام الواردة على الام كالبيع والهبة والعتق فاذا كان جزأ لها فيكون جرح الام ذكاة له عند العجز كما في الصيد والجامع أنه عجز في الاثنين عن ذكاتهما الاختيارية فانتقل الى ما هو في وسعه وهو الجرح في الصيد وذبح الام في الجنين فصار مثله بل فوقه لانه يموت به قطعا والغالب في الصيد المجروح السلامة لا سيما اذا وقع الجرح في أطرافه ولابي حنيفة ومن تابعه أن الله تعالى حرم الميتة وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة

(قوله حل أكله) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وحكى في المنتقى في البعير اذا صال على انسان فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله ان كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته فجعل الصول بمنزلة الند اهـ اتقاني (قوله كأوابد الوحش) يعني ان لها توحشا كتوحش الوحش اهـ غاية (قوله يحل أيضا) لانه عجز عن الذكاة الاختيارية اهـ ولوالجي (قوله وكره لتركه السنة المتوارثة) قال الاتقاني وأما وجه الكراهة فلانه زيادة في ألمها لا يحتاج اليها في الذكاة كما لو جرحها في موضع آخر كذا في شرح الاقطع اهـ (قوله تحت اللحيين) أي في الحلقوم اهـ (قوله في المتن ولم يتذك جنين بذكاة أمه) قال الفقيه أبو الليث في العيون ولو أن شاة ذبحت فخرج من بطنها ولد ميت فان ذكاة الشاة لا تكون ذكاة الجنين في قول أبي حنيفة وزفر والحسن وقال أبو يوسف اذا خرج ميتا فذكاته ذكاة أمه وان خرج حيا وبقي مقدار ما يقدر على ذبحه لا آكله وان لم يبق مقدار ما يذبح فانه يؤكل وروى هشام عن محمد أيضا قال ذكاة الجنين ذكاة أمه اذا تم خلقه وأما اذا لم يتم خلقه فانه لا يؤكل وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في آخر كتاب الاضاحي قال أبو حنيفة وزفر الجنين لا يتذكى بذكاة الام وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي انه يتذكى بذكاة الام وروى عن أبي يوسف ومحمد في غير رواية الاصول أن ذكاة الجنين ذكاة أمه اذا تم خلقه وصورة المسئلة ان الشاة أو الناقة أو البقرة اذا ذبحت وخرج من بطنها جنين ميت أو حي الا أنه مات قبل التمكن من ذبحه فانه لا يحل أكله في قول أبي حنيفة وزفر ويحل في قولهم جميعا الى هنا لفظ خواهر زاده اهـ اتقاني (قوله فان ذكاته ذكاة أمه) رواه أبو داود والنسائي اهـ (قوله حتى يفصل) أي عن أمه بقطع سرته اهـ غاية (قوله ولابي حنيفة الخ) قال الاتقاني ولابي حنيفة ماروى محمد في كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعي قال لا تكون ذكاة نفس ذكاة نفسين يعني الجنين اذا ذبحت أمه لم يؤكل حتى تدرك ذكاته ولان الجنين لا يخلو اما أن يكون من جنس الحيوان المقدور على ذكاته أو من جنس الحيوان الذي لا يقدر على ذكاته ففي الاول يشترط الذبح وفي الثاني يشترط الجرح ولم يوجد في الجنين لا ذبح ولا جرح فلا يحل لانه ميتة اهـ ﴿فرع﴾ رجل أراد أن يذبح شاة حاملا له ان تقاربت الولادة يكره الذبح لانه يضيع ما في بطنها وهذا التفريع بناء على قول أبي حنيفة رحمه الله لان الجنين لا يتذكى بذكاة أمه عنده اهـ ولوالجي

(قوله ان صح التشبيه) قالت الشافعية في هذا بعد لما فيه من التقدير المستغنى عنه أما على رواية الرفع المحفوظة فذكاة الجنين خبر لما بعده أي ذكاة أم الجنين ذكاة له يدل عليه رواية البيهقي ذكاة الجنين في ذكاة أمه وأما على رواية النصب ان ثبت فبأن يحمل على الظرفية كما في جئتك طلوع الشمس أي وقت طلوعها والمعنى أن ذكاة الجنين حاصلة وقت ذكاة أمه وهو موافق لمعنى رواية الرفع الذي ذكرنا اه مجتبي وكتب ما نصه قال الاتقاني (٣٩٤) والجواب عن قوله عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين ذكاة أمه أن المراد به التشبيه بحذف حرف التشبيه وهو أبلغ وجوه التشبيه كقولك زيد أسد أي ذكاة الجنين كذكاة أمه كقولهم صوته صوت الاسد وريحه ريح المسك

﴿فصل فيما يحل وما لا يحل﴾ لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول اذ المقصود الاصلي من شرعية الذبح التوصل الى الاكل وقدم الذبح لانه شرط المأكول والشرط مقدم قاله الكاكي وقال الاتقاني لما كانت الذكاة سببا في المذبوح حل الذبيحة فيما يحل أكله وحصول الطهارة في اللحم والجلد فيما لا يحل أكله الا الآدمي والخنزير فانه لا تلحق الذكاة بهما ذكر في هذا الفصل ما يحل أكله وما لا يحل وكان الانسب أن يذكر مسائل هذا الفصل جميعها في كتاب الصيد لان كل ما ذكره من الصيد الا الفرس والبغل والحمار اه (قوله نهى عن أكل كل ذي ناب الخ) قال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف في السنجاب والفنك والسمور والدلق كل شيء من هذا سبع مثل الثعلب وابن عرس لا يؤكل لحمه لانه من ذوات الناب فيدخل في عموم الخبر اه غاية (قوله وهو كل مختطف وهو منتهب) والاختطاف بمعنى الخطف والانتهاب بمعنى النهب قيل في الفرق بينهما ان الاختطاف من فعل الطير والانتهاب من فعل سباع البهائم فلما كان السبع شاملا لهذين النوعين فسر السبع بهذين الوصفين والعادي من عدا عليه عدوانا اه غاية (قوله هو سلاح) وهو المراد بالاجماع لان كل صيد لا يخلو عن مخلب اه اق

ألا ترى أن الله تعالى شرط التذكية بقوله تعالى الا ما ذكيتم وحرم المخنقة والجنين مات خنقا فيحرم بالكتاب لانه أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موت أمه فوجب افراده بالذكاة ليخرج الدم عنه فيحل به ولا يحل بذكاة غيره اذ المقصود بالذكاة اخراج دمه ليتميز من اللحم فيطيب ولا يكون تبعا لها ولهذا تفرد بايجاب الغرة ويقبل العتق وحده وتصح الوصية له وبه منفردا فلا يمكن جعله تبعا لامه فيه لانه لا يحصل المقصود بذكاة أمه وهو اخراج دمه بخلاف جرح الصيد لانه مخرج للدم وهو المقصود فيقوم مقام الذبح عند العجز يحققه أنه لو كان جزء الام لحل أكله وان لم يتم خلقه لان جميع أجزاء الام مأكول فلما لم يؤكل قبل تمامه علمنا انه ليس بجزء لها وما رووه لا يعارض الدليل القطعي أو المراد بالحديث الاول ان صح التشبيه أي ذكاة الجنين كذكاة أمه والتشبيه على هذا الطريق فاش قال الله تعالى وجنة عرضها السموات والارض ويقال زيد أسد أي زيد كأسد قال الشاعر

فعيناك عيناها وجيدك جيدها * ولكن عظم الساق منك دقيق

أي كعينيها فلا يدل على انه يكتفى بذكاة الام والدليل عليه أنه روى ذكاة أمه بالنصب على المصدر أي بذكي ذكاة مثل ذكاة أمه وهذا يبين أن المراد بالرفع التشبيه والا لفسد المعنى لانه يؤدي الى أن ذكاة الجنين هو ذكاة الام بمعنى أنه يكتفى به ويستغنى به عن ذكاة أمه لان قوله ذكاة الجنين مبتدأ وذكاة أمه خبر فيفسد المعنى لان أحدا لم يقل ان ذكاة الجنين تغني عن ذكاة الام وهذا كما تقول كلام زيد كلام القوم بمعنى انه يكتفى به ولا يحتاج الى كلامهم وانما كان كذلك لان المبتدأ والخبر اذا كانا معرفتين وجب تقديم المبتدا وتأخير الخبر بمعنى أن المتقدم هو المبتدأ والمتأخر الخبر والمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ما أشرف على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون أي اذبحوه وكلوه وهذا مثل ما روى انه عليه الصلاة والسلام أذن في أكل لحم الخيل أي اذا ذبح لان الشيء اذا عرف شروطه وذكر مطلقا ينصرف اليها كقوله تعالى أقم الصلاة أي بشروطها وانما يدخل الجنين في البيع تحريا للجواز لان البيع يفسد باستثنائه وانما يعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق ولا يقال لو لم يحل أكله بذكاة أمه لما حل ذبح أمه لما فيه من تضييع الولد ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال لانا نقول موته لا يتيقن به بل يتوهم ادراكه حيا فيذبح فلا يحرم أولان المقصود لحم الام فلا يتوصل اليه الا به فكان قتله لغرض صحيح فاذا كان يجوز قتل المسلمين للتوصل الى المقصود كما اذا تترس الكفار بالمسلمين فما ظنك بالاجنة والله أعلم

﴿فصل فيما يحل وما لا يحل﴾ قال رحمه الله (لا يؤكل ذو ناب ومخلب من سبع وطير) أي لا يحل أكل ذي ناب من سباع البهائم وذي مخلب من سباع الطير لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير رواه مسلم وأبو داود وجماعة أخر وعن أبي ثعلبة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع رواه البخاري والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة والمراد بذي مخلب ما له مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك أن المراد بذي مخلب هو سباع الطير لا كل ما له مخلب

وهو الظفر كما أريد في ذي ناب من سباع البهائم لا كل ماله ناب ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شئ من طباعها فيحرم إكراما لبنى آدم وهو نظير ماروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدى ويدخل فى الحديث الضبع والثعلب لان لهما نابا وماروى أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلهما محمول على الابتداء ويدخل فيه الفيل أيضا لانه ذوناب واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف قال رحمه الله (وحل غراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث قال رحمه الله (لا الابقع الذى يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الاهلية والبغل) أى هذه الاشياء لا تؤكل أما الغراب الابقع فلانه يأكل الجيف فصار كسباع الطير والغراب ثلاثة أنواع نوع يأكل الجيف فحسب فانه لا يؤكل ونوع يأكل الحب فقط فانه يؤكل ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبى حنيفة وهو العقعق لانه كالدجاج وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يكره لان غالب مأكوله الجيف والاول أصح وقال فى النهاية ذكر فى بعض المواضع أن الخفاش يؤكل وذكر فى بعضها أنه لا يؤكل ولان له نابا وأما الضبع فلما روينا ولانه يأكل الجيف فيكون لحمه نابتا منه فيكون خبيثا وأما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلانها من الخبائث لان العرب تستخبثها وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وماروى أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلها محمول على ماقبل التحريم ثم حرم الخبائث لانه لم يكن فى الابتداء حرام الا ثلاثة أشياء على ماقال الله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أودما مسفوحا أولحم خنزير ثم حرم بعد ذلك أشياء لا تحصى والشافعى يجوز أكل الضبع والضب ومالك جميع السباع والحشرات استدلالا بما تلوناه وروينا والحجة عليهما ما بينا وأما الحمر الاهلية فلما روى عن ثعلبة الخشنى أنه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية رواه البخارى ومسلم وأحمد وأما البغل فلانه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرسا كان على الخلاف المعروف فى لحم الخيل لان المعتبر فى الحل والحرمة الام فيما تولد من مأكول وغير مأكول قال رحمه الله (وحل الارنب) لانه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدى اليه مشويا رواه

(قوله وهو الظفر) قال فى المستصفى فان الحمامة لها مخلب والبعير له ناب وكذلك البقر اه (قوله لا كل ماله ناب) أى فان البعير له ناب والبقر كذلك اه (قوله ولان طبيعة) بيان لحكمة النهى عن تحريم أكل كل ذى مخلب من الطير وناب من السباع اه (قوله هذه الاشياء) وهى الاختطاف والانتهاب والقتل اه (قوله إكراما لبنى آدم) أى كما كانت الاباحة فيما يؤكل كرامة له اه (قوله ويدخل فى الحديث الضبع والثعلب) وقال الشافعى لا بأس بأكلهما لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الضبع فقال تلك نعجة سمينة وعن جابر بن عبد الله أنه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم والمعنى ماحكى عن المزنى أن السبع مايعدو على الناس وعلى حقوقهم وهما لا يعدوان فلا يكونان من السباع ولنا ماروينا من نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع وهما من السباع لوجود معنى السبع فيهما والجواب عن حديث الخصم أن ماروينا يدل على الحرمة وما رواه يدل على الاباحة والتاريخ ليس بمعلوم فيجعل مافيه تحريم متأخرا تقليلا للنسخ وقوله لا يعدوان ليس بمسلم بل يعدوان لانهما من جملة السباع اه اتقانى (قوله ويدخل فيه) أى فى التحريم اه (٣٩٥) (قوله واليربوع وابن عرس من سباع الهوام) والهوام بتشديد الميم قال الاتقانى جمع الهامة وهى الدابة من دواب الارض وجميع الهوام نحو اليربوع وابن عرس والقنفذ مما يكون سكناه الارض والجدر مكروه أكله لان الهوام مستخبثة وقد قال تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولانها تتناول النجاسات فى الغالب وذلك من أسباب الكراهة وكذا جميع مالا دم له فأكله مكروه لانه كله مستخبث فيدخل تحت قوله عز وجل ويحرم عليهم الخبائث الا الجراد فانه مخصوص بالحديث اه (قوله فى المتن لا الابقع الذى يأكل الجيف) قال الاتقانى رحمه الله وقال صاحب الهداية وكذا الغداف أى لا يؤكل وهو غراب الغيط الكبير من الغربان وافى الجناحين قال القدورى فى شرحه والاصل فى تحريم الغراب الابقع والغداف ماروى هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال من يأكل ذلك بعد أن سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا يعنى قوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم اه (قوله لانه كالدجاج) أى فانه يخلط أيضا اه (قوله وذكر فى بعضها أنه لا يؤكل) قال فخر الدين قاضيخان فى فتاواه ولا يؤكل الخفاش لانه ذوناب وفيه نظر لان كل ذى ناب ليس بمنهى عنه اذا كان لا يصطاد بنابه اه اتقانى قوله لانه ذوناب ونص فى الذخيرة والخلاصة على أنه لا يؤكل اه (قوله ولان له نابا) الواو ثابتة فى خط الشارح وينبغى حذفها اه (قوله كان على الخلاف المعروف فى لحم الخيل) وان كانت أمه بقرة يؤكل بلا خلاف اه ع (قوله فى المتن وحل الارنب) قال فى المصباح الارنب أنثى ويقع على الذكر والانثى وفى لغة يؤنث بالهاء فيقال أرنبة للذكر والانثى أيضا والجمع أرانب اه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه الخ) قال الكرخى فى مختصره ولم يروا جميعا بأسا بأكل الارنب قال أبو يوسف أما الوبر فلا أحفظ فيه عن أبى حنيفة شيأ وهو عندى مثل الارنب وهو

يعتاف البقول والنبت الى هنا لفظ الكرخي اه اتقاني قوله الوبر الوبر دويبة مثل الهرة غبراء اللون كحلاء لاذنب لها والجمع وبار مثل سهم وسهام والانثى وبرة قيل هي من جنس بنات عرس كذا في المصباح اه (قوله ولانه ليس من السباع) لاسباع الطير ولا سباع الوحش اه (قوله في المتن وذبح مالا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده) قال في باب المياه من النهاية في هذه الرواية نوع ضعف والصحيح أن اللحم لا يطهر بالذكاة وكذا في معراج الدراية وغيرهما اه (قوله لان أثر الذكاة في اباحة اللحم الخ) قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اتفق أصحابنا في الحمار اذا ذبح أن لحمه طاهر وأنه لا يؤكل اه اتقاني في الكراهية (قوله فلا بد من الدباغ) أي ليحصل طهارة الجلد اه (قوله فانه ينتفع به في غير الاكل) يعني في الاستصباح ودهن الجلد ونحوه اه غاية (قوله وقد ذكرناه في كتاب الطهارة) أي في سؤر مالا يؤكل اه (قوله وهو مباح فيما لا يحل أكله) أي لمنافع أخر سوى الاكل اه اق (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان) رواه الدارقطني والبيهقي والشافعي وأحمد من حديث عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر مرفوعا قال البيهقي وروى موقوفا على ابن عمر وهو الاصح اه دميري وكتب مانصه (٣٩٦) فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان ورد مخالفا لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم قلنا هذا حديث مشهور فيجوز التخصيص به ولان الالف واللام انما تصرف الى الجنس اذا لم يكن ثم معهود والميتة من الدمويات كانت معهودة عندهم وكذا الدم ينصرف الى المعهود وهو الدم المسفوح ولان هذا الحديث مؤيد بالاجماع فيجوز التخصيص على أن حل السمك ثبت بقوله تعالى تأكلون منه لحما طريا وقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه سماه لحما وطعاما وذلك لا يتوقف حله على الذبح والكبد صار حلالا بدلالة قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما الآية اه مستصفى وكتب مانصه ولا يرد علينا كراهة الطافي لانه مخصوص بالحديث الآخر اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال في الهداية ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك مثله والجراد بلا ذكاة قال الاتقاني والجريث الجري من أنواع السمك انما أحل لعموم قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال وروى محمد في الاصل عن عمر بن شوذب عن عمرة بنت أبي طبيخ قالت خرجت مع وليدة لنا فاشترينا جريثة بقفيز حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج رأسها من جانب وذنبها من جانب فمر بنا علي رضي الله عنه فقال بكم أخذت قالت فأخبرته فقال ما أطيبه وأرخصه وأوسعه للعيال فيه دليل على أن الجريث يؤكل لانه نوع من السمك فيحل كسائر الانواع وهذا الحديث حجة لنا على بعض الروافض وأهل الكتاب فانهم يكرهون أكل الجريث ويقولون انه كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته فمسخ وهو متروك بقول علي رضي الله عنه كذا قال خواهر زاده في شرحه وروى محمد أيضا في الاصل عن ابن عباس أنه سئل عن الجريث فقال أما نحن فلا نرى به بأسا وأما أهل الكتاب فيكرهونه فاذا صح عن علي وابن عباس اباحة الجريث ولم يرد عن غيرهما خلاف ذلك حل محل الاجماع وكذا الجراد حلال سواء مات حتف أنفه أو قتله الآخذ اه

أحمد والنسائي ولانه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي قال رحمه الله (وذبح مالا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير) وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لان أثر الذكاة في اباحة اللحم أصل وفي طهارته وطهارة الجلد تبع ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبة النجسة فاذا زالت طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي قتل فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه أيضا حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده وهل يجوز الانتفاع به لغير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب فانه ينتفع به في غير الاكل والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والآدمي لكرامته وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم مالا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقد ذكرناه في كتاب الطهارة قال رحمه الله (ولا يؤكل مائي الا السمك غير طاف) وقال مالك يؤكل جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والانسان وعن الشافعي أنه أباح ذلك كله قال صاحب الهداية الخلاف في الاكل والبيع واحد وينبغي أن يجوز بيعه بالاجماع لطهارته لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لادم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك وروى جابر انهم أصابهم جوع شديد في الغزو فألقى البحر حوتا ميتا يقال له العنبر فأكلنا منه نصف شهر قال فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوا رزقا أخرجه الله لكم ان كان معكم أطعمونا الحديث ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التداوي بدواء اتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلى محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل أكله والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال وحديث جابر لا يدل على مرادهم لانه قال فجعنا جوعا شديدا فألقى البحر حوتا ميتا لم ير

مثله يقال له عنبر الحديث هكذا رواه البخاري ومسلم وأحمد وهذا يدل على أنه كان سمكا وإن لم يكن سمكا فهو في حال المخمصة وفيها تحل الميتة والخنزير فما ظنك بصيد البحر وهو طاهر بالإجماع والنصوص على تحريم الخنزير والسباع مطلقة فيتناول البري والبحري وأما الطافي فمكروه أكله لقول جابر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثله وهو حجة على مالك والشافعي في إباحتهما الطافي ولا دليل لهما فيما رويا لأن المراد بميتة البحر ما لفظه البحر حتى يكون موته مضافا إلى البحر ولا يتناول ما مات فيه بعرض أو نحوه ثم الأصل فيه أنه متى عرف سبب موته كلفظه البحر أو حبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة الضيقة المتلفة بحيث يمكن أخذه من غير حيلة أو بابتلاع سمكة أو بقتل طير الماء إياها أو بانجماد الماء عليها فماتت حل أكلها لأن سبب موتها معلوم ولو ماتت من شدة حر الماء أو برده قيل تؤكل لأن لموتها أسبابا معلومة وقيل لا تؤكل لأن الماء لا يقتل السمك حارا كان أو باردا وإن انحسر الماء عن بعضه ومات روى هشام عن محمد أنه إن كان رأسه في الماء لا يؤكل وإن كان ذنبه في الماء ورأسه انحسر عنه الماء أكل لأن خروج رأسه عن الماء سبب لموته فكان سبب موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فحاصله أن الشرط فيه أن يعلم بأي سبب مات حتى لو أبان عضوه بضرب فإنه يؤكل ويؤكل العضو أيضا قال رحمه الله (وحل بلا ذكاة كالجراد) أي حل السمك بلا ذكاة كالجراد لما روينا قال رحمه الله (ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حل وإلا لا إن لم يدر حياته وإن علم حل وإن لم يتحرك ولم يخرج الدم) لأن الحركة وخروج الدم لا يكونان إلا من الحي لأن الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما أو وجود أحدهما علامة الحياة فيحل وعدمهما علامة الموت فلا يحل إلا إذا علم حياتها عند الذبح فيحل لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك وذكر محمد بن مقاتل إن خرج الدم ولم يتحرك لا يحل لأن الدم لا يجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت وهذا يأتي في المنخنقة والمتردية والنطيحة والتي بقر الذئب بطنها لأن ذكاة هذه الأشياء يحلل وإن كانت حياتها خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى إلا ما ذكيتم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها إنما تحل إذا كانت بحال تعيش يوما لولا الذكاة وعن أبي يوسف رحمه الله إن كان بحال لا يعيش مثله لا يحل وعن محمد رحمه الله إن كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل وإلا فلا وسنبينها إن شاء الله تعالى في كتاب الصيد ولو ذبحت شاة مريضة ولم يتحرك منها إلا فوها قال محمد بن سلمة إن فتحت فاها لا تؤكل وإن ضمت عينها أكلت وإن مدت رجلها لا تؤكل وإن قبضت رجلها أكلت وإن نام شعرها لا تؤكل وإن قام شعرها أكلت وهذا صحيح لأن الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لأنها استرخاء وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليست باسترخاء بل هي حركات تختص بالحي فتدل على حياته وقال قاضيخان هذا كله إذا لم يعلم حياته وقت الذبح وإن علم حياته وقت الذبح أكل على كل حال ذكره في المحيط أيضا والله أعلم بالصواب

(تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس وأوله كتاب الأضحية)

(قوله ما نضب) النضوب ذهاب الماء اهـ غاية (قوله ثم الأصل فيه الخ) قال في شرح القدوري للزاهدي ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ والميت بالحر والبرد والانخناق تحت الجمد أو إبانة بعضه أو اصطياد غيره ونحوها وإذا مات من غير آفة لا يحل كالطافي اهـ (قوله ويؤكل العضو أيضا) قال في الهداية ثم الأصل عندنا في السمك أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وإذا مات حتف أنفه لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة قال الإتقاني منها إذا ضربها رجل فقطع بعضها يحل المبان والمبان منه لأنه مات بآفة ظاهرة والمبان من الحي وإن كان ميتة لكن حل المبان هنالك لأن ميتة السمك حلال بالحديث ومنها إن وجد في بطنها سمكة أخرى أو قتلها طير الماء لا بأس بأكلها لأن الموت محال إلى سبب ظاهر وهو ابتلاع السمكة أو قتل الطير اهـ (قوله في المتن ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم) انظر ما قاله الشارح في كتاب الصيد قبيل قوله وإن رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد والعضو اهـ (قوله وعن أبي حنيفة أنها الخ) قال الولوالجي في فتاواه رجل ذبح شاة أو بقرة فهذا على أربعة أوجه إن تحرك بعد الذبح وخرج منه دم مسفوح أو تحرك ولم يخرج منه دم مسفوح أو خرج منه دم مسفوح ولم يتحرك ففي الوجوه الثلاثة يحل لأنه وجد علامة الحياة وعلامة الحياة أحد هذين الأمرين إما الدم المسفوح أو الحركة وفي الوجه الرابع وهو ما إذا لم يتحرك ولم يخرج منه دم مسفوح لا يحل لأنه لم يوجد علامة الحياة ولكن هذا إذا لم يعلم حياته وقت الذبح فإن علم حل وإن لم يتحرك ولم يخرج منه دم أصلا اهـ (قوله هذا كله إذا لم يعلم حياته وقت الذبح) قال في الينابيع وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال لا بد أن يكون بحال يعيش يوما أو نحوه والمختار أن كل شيء ذبح وهو حي حل أكله ولا توقيت فيه وعليه الفتوى قوله حل أكله أي لقوله تعالى إلا ما ذكيتم من غير فصل اهـ